

**Begriff und Bedeutung der
Wahrscheinlichkeit
für die richterliche Beweiswürdigung**

**Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau**

**vorgelegt von
Andreas Evers
aus Freiburg i. Br.**

1979

**Begriff und Bedeutung der
Wahrscheinlichkeit
für die richterliche Beweiswürdigung**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Andreas Evers
aus Freiburg i. Br.

1979



Dekan: Prof. Dr. Karl Kröeschell

Referent: Dr. Peter Arens

Korreferent: Dr. Götz von Craushaar

Tag der mündlichen Prüfung: 13.02.1979

Gliederung

	Seite
Einleitung	1
A. Rechtsprechung und Literatur zur Frage der Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die richterliche Überzeugungsbildung	3
I. Rechtsprechung	
1. Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie für § 286 ZPO den Begriff der Wahrscheinlichkeit verwendet	3
2. Rechtsprechung des BGH, soweit sie für §286 ZPO den Begriff der Wahrscheinlichkeit verwendet	7
3. Stellungnahme zur Rechtsprechung	9
II. Literatur	
1. Ansichten in der Literatur, die sich mit der Frage der Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die richterliche Überzeugungsbildung auseinandersetzen	12
a) Stein	13
b) Ehrenzweig	15
c) Scanzoni	16
d) Heinsheimer	17
e) Zeiler	19
f) Leonhard	21
g) Wimmer	22
h) Kuchinke	23
i) Blomeyer	25

	Seite
j) Kegel	28
k) Musielak	31
l) Schreiber	36
m) Weitnauer	39
2. Würdigung der Entwicklung der dargestellten Literatur	40
B. Begriff der Wahrscheinlichkeit	42
I. Wie kann im Rahmen der richterlichen Beweis- würdigung der Begriff " Wahrscheinlichkeit " verstanden werden ?	42
II. Geschichtliche Entwicklung des Wahrscheinlich- keitsbegriffes	45
III. Heutiger Stand der Meinungen	48
1. Objektive Bestimmung der Wahrscheinlichkeit	48
2. Subjektive Bestimmung der Wahrscheinlichkeit	51
3. Juristischer Begriff der Wahrscheinlichkeit ?	58
4. Verwertbarkeit des objektiven Wahrscheinlich- keitsbegriffes für die richterliche Beweiswür- digung ?	60
a) Maassen	60
b) Weitnauer	62
c) Einzelfälle, in denen exakte Wahrscheinlichkeitswerte in Entscheidungen verwendet werden	68
aa) Umfrageforschung	68
bb) Abstammungsprozeß	72
IV. Schwedische Lösung	81

C. Grundlagen richterlicher Überzeugungsbildung	83
I. Auf welchen Grundlagen kommt der Richter zur Annahme eines zur Überzeugungsbildung ausreichenden Grades von Wahrscheinlichkeit bei der Beweiswürdigung ?	83
II. Ist bei den einzelnen Beweismitteln mit Hilfe der Wahrscheinlichkeit ein Beweismaß bestimmbar, das eine Bindung des Richters rechtfertigen würde ?	89
1. Ermittlung eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrades für die Überzeugungsbildung beim Augenschein	89
a) Begriff des Augenscheins	89
b) Vorgang der Überzeugungsbildung beim Augenschein	91
c) Die Bedeutung eines bestimmten Grades von Wahrscheinlichkeit beim Augenschein	92
2. Ermittlung eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrades für die Überzeugungsbildung beim Urkundenbeweis	93
a) Begriff des Urkundenbeweises	93
b) Beweiswürdigung beim Urkundenbeweis	94
c) Die Bedeutung eines bestimmten Grades von Wahrscheinlichkeit beim Urkundenbeweis	94
3. Ermittlung eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrades für die Überzeugungsbildung beim Zeugenbeweis	95
a) Vorgang der Überzeugungsbildung beim Zeugenbeweis	96
b) Methoden der Ermittlung der Verlässlichkeit des Zeugenbeweises	97
aa) Bemühungen einer solchen Bestimmung im Strafprozeß	97
bb) Problem des Glaubwürdigkeitsgutachtens	101

cc) Bestimmbarkeit des Wertes der Zeugenaussage nach Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkten	105
4. Ermittlung eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrades für die Überzeugungsbildung beim Beweis durch Parteivernehmung	107
5. Ermittlung eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrades für die Überzeugungsbildung beim Beweis durch Sachverständige	108
a) Stellung des Sachverständigen	108
b) Gegenstand des Gutachtens	109
c) Verpflichtung zur Erhebung des Gutachtens	112
aa) Entscheidungen im Bereich der Lebenserfahrungen	113
bb) Entscheidungen von Fachfragen auf Grund eigener Sachkunde	115
cc) Entscheidungen, die nicht auf Grund eigenen Fachwissens getroffen werden	122
(a) Rechtsprechung	122
(b) Stellungnahme zur Rechtsprechung	125
(c) Sonderfall widersprüchlicher Gutachten	128
(d) Andere Lösungsmöglichkeiten	132
(e) Der verbleibende Bereich freier richterlicher Würdigung	133
(f) Begriff des technisch wissenschaftlichen Erfahrungssatzes und das Maß der durch ihn begründeten Wahrscheinlichkeit	134
d. Zusammenfassung	142

6. Ermittlung eines bestimmten Wahrscheinlichkeits- grades beim Indizienbeweis	143
a) Begriff des Indizienbeweises	143
b) Vorgang der Überzeugungsbildung beim Indizienbeweis	146
c) Begründung eines bestimmten Grades von Wahrscheinlichkeit durch den Indizienbeweis	147
7. Zusammenfassung	
III. Bestimmung des Wahrscheinlichkeitsgrades, soweit das Maß der Wahrscheinlichkeit nur subjektiv be- stimmbar ist	151
1. Der Erfahrungssatz als Kriterium der Objekti- vierung subjektiver Wahrscheinlichkeit	151
2. Einteilbarkeit von Erfahrungssätzen	153
a) Bohne	153
b) Wassermeyer	154
c) Stein	155
d) Kuchinke	156
e) Hainmüller	156
3. Stellungnahme	158
4. Anscheinsbeweis	163
D. Anforderungen an die dem Richter als Entschei- dungsgrundlage genügende Wahrscheinlichkeit in Fällen außerhalb des Bereichs des § 286 ZPO	165
1. § 287 ZPO	166
2. § 252 S.2 BGB	169
3. Feststellungsklage	171

	Seite
4. Grundurteil	173
5. Glaubhaftmachung	174
E. Zusammenfassung	175

Literatur:

Arab-Zadeh, Amir; Des Richters eigene Sachkunde und das Gutachterproblem im Strafprozeß; in NJW 1970, S. 1244 ff.

Arens, Peter; Dogmatik und Praxis der Schadensschätzung; in: ZP 88, 1 ff;

Baumbach-Hefermehl; Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I, Wettbewerbsrecht; 11. Auflage, München 1974

Baumbach-Lauterbach-Alberts-Hartmann; Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen; 37. Auflage; München 1979

Becker, Helmut; Kraftverkehrshaftpflichtschäden, Die Regulierung in der Praxis; 11. Auflage; Karlsruhe 1971

Becker, Enno - Riewald, Alfred - Koch, Carl; Reichsabgabenordnung mit Nebengesetzen; Band I; Köln-Berlin-Bonn-München 1963

Beitke-Hosemann-Dahr-Schade; Vaterschaftsgutachten für die gerichtliche Praxis; 2. Auflage; Göttingen 1965

Bernouilli, D.; Specimen Theoriae novae de mensura; Comment.Acad. Imp.Petrop.; 1730/1731

Blomeyer, Arwed; in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band I., Gutachten (Teil 1 A); Essen 1966

Blomeyer, Jürgen; Der Ruf nach dem spezialisierten und sachverständigen Richter; in: ZRP 1970, S. 153 ff; München 1970

II.

Bohne, Gotthold; Fachpsychologen als Gerichtsgutachter; in:
SJZ 1949, S. 9 ff.

Bohne, Gotthold; Zur Psychologie richterlicher Überzeugungs-
bildung; Köln 1948

Bolding, Olof; Sachaufklärung und Überzeugungsbildung im schwe-
dischen Zivilprozeß; in: Freiheit und Bindung des Zivilrich-
ters in der Sachaufklärung, Arbeiten zur Rechtsvergleichung,
Heft 30; Frankfurt-Berlin 1966

Bosch, Friedrich-Wilhelm; Grundsatzfragen des Beweisrechts,
Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre; Bielefeld 1963

Bremer, Heinz; Der Sachverständige, Seine Stellung im privaten
und öffentlichen Recht, 2. Auflage; Heidelberg 1972

Bruns, Rudolf; Zivilprozeßrecht; Marburg 1968

Brockhaus Enzyklopädie in 20 Bänden, 17. Auflage, Neunzehnter Band;
Wiesbaden 1974

von Canstein, Raban; Das Zivilprozeßrecht, 3. Auflage, Band 1.;
Berlin 1905

Carnap, Rudolf - Stegmüller, Wolfgang; Induktive Logik und Wahr-
scheinlichkeit; Wien 1959

Cournot, Expos-tion de la théorie des chances et des probabilités;
Paris 1843

Diederichsen, Uwe; in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristen-
tages, Band II., Sitzungsberichte (Teil E 78), Diskussions-
beitrag; Essen 1966

III.

- Diederichsen, Uwe; Zur Rechtsnatur und systematischen Stellung von Beweislast und Anscheinsbeweis; in: Versicherungsrecht 1966, S. 211 ff.
- Dilcher, Hermann; Die prozessuale Verwendungsbefugnis, ein Beitrag zur Lehre vom "rechtswidrigen Beweismittel"; in: ACP 158, S. 469 ff.
- Döhring, Erich; Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß, Beweiserhebung und Beweiswürdigung; Berlin 1964
- Döhring, Erich; Fachliche Kenntnisse des Richters und ihre Verwertung im Prozeß; in: JZ 1968, S. 642 ff.
- Drefahl, Werner; Die Beweislast und die Beweiswürdigung im Versicherungsrecht; Hamburg 1939
- Ehrenzweig, Albert; Die "freie Überzeugung" des Richters; in: JW 1929, S. 85 ff.
- Ehrlicher, Ernst; Der prima-facie-Beweis, Die Berücksichtigung prozessualer Billigkeit bei der Bildung richterlicher Überzeugung; Göttingen 1927 (Diss.)
- Ekelöf, Olof; Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins; in: ZZP 75, S. 289 ff.
- Falck, Ernst; Der technische Sachverständige im Strafprozeß; in: JR 1955, S. 285 ff.
- Fick, A.; Philosophischer Versuch über die Wahrscheinlichkeiten; Würzburg 1883

IV.

- De Finetti, Rezension des Buches von H. Reichenbach, Wahrscheinlichkeitslehre; Zentralblatt für Mathematik und ihre Grenzgebiete, Band 10; 1935
- Fitting, H.; Die Grundlagen der Beweislast; Berlin 1889
- Fleck, Hans-Joachim; Der Beweis des ersten Anscheins in der Rechtsprechung des BGH; in: Versicherungsrecht 1956, S. 329 ff.
- Friedrichs, Helmut; Richter und Sachverständiger aus der Sicht der Sozialgerichtsbarkeit; in: ZJP 83, S. 394 ff.
- Friedrichs, Helmut; Sicherheit medizinischer Gutachten; in: NJW 1972, S. 1114 ff.
- Friedrichs, Helmut; Persönliche Gutachterpflicht in Kliniken und Obergutachten; in: DRiZ 1971, S. 312 ff.
- Fries; Versuch einer Kritik der Principien der Wahrscheinlichkeitsrechnung; 1842
- Gaunt, John; Natural and political observations made upon the bills of mortality
- Globig, Hans-Ernst; Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des historischen gerichtlichen Beweises; Regensburg 1806
- Goldschmidt, J.; Der Prozeß als Rechtslage, Eine Kritik des prozessualen Denkens; Berlin 1925
- Grünewald; Forschungsinstitut für das technisch-naturwissenschaftliche Gutachtenwesen; in: NJW 1970, S. 1452

- Hahn, Carl; Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung,
1. Abteilung; Berlin 1880
- Hainmüller, Dieter; Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeit
im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß; Tübingen 1966
- Hegler, August; Die Unterscheidung des Sachverständigen vom
Zeugen im Prozeß; in: ACP 104, S. 151 ff.
- Heinsheimer, K.; Die Freiheit der richterlichen Überzeugung und
die Aufgaben der Revisionsinstanz; in: Festschrift für Franz
Klein, 1914
- Hellwig, K.; Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Band 2;
Leipzig 1907
- Henke, Horst-Eberhard; Individualität und Anscheinsbeweis; in:
JR 1961, S. 48 ff.
- Hummel, Konrad; Die medizinische Vaterschaftsbegutachtung mit bio-
statischem Beweis; Stuttgart 1961
- Hummel, Konrad; Zum Problem des positiven Vaterschaftsbeweises;
in: NJW 1964, S. 2191 ff.
- Hummel, Konrad; Vermutung, "schwerwiegende Zweifel", Beweiswürdi-
gung, Gutachtenbewertung, § 1600 o BGB; in: Der Amtsvormund 1972,
S. 91 ff.
- Jagusch, Heinrich; Über das rechtliche Gehör im Strafverfahren; in:
NJW 1959, S. 265 ff.

VI.

Jessnitzer, Kurt; Der gerichtliche Sachverständige, 3. Auflage;
Köln 1966

Kegel, Gerhard; Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung
der Beweislast nach Überwiegender Wahrscheinlichkeit; in:
Festgabe für Heinrich Kronstein; Köln 1967

Kessler, Michael; Die tatsächliche Grundlage des Sachverständi-
gengutachtens; Freiburg 1974 (Diss.)

Kerameus, Konstantinos; Die Entwicklung des Sachverständigenbe-
weises im deutschen und griechischen Zivilprozeßrecht; Köln-
Berlin-Bonn-München 1963

Keynes, John-Maynard; "Über Wahrscheinlichkeit" = A Treatise on
Probability, 2. Auflage; London 1952

Klärmann; Die Reform der Parteivernehmung; in: Österreichische An-
waltszeitung 1932, S. 89 ff.

Klauser, Karl-August; Anmerkung zu BGH JZ 1971, S. 228 ff, in:
JZ 1971, S. 231 ff.

Klauser, Karl-August; Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadens-
schätzung (§ 287 ZPO); Karlsruhe 1968

Klopsch, Joachim; Der Prima-Facie-Beweis bei Verkehrsunfällen;
Erlangen 1937 (Diss.)

Kollhosser, Helmut; Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbe-
teiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbar-
keit; München 1970

VII.

- Kollhosser, Helmut; Anscheinsbeweis und die freie richterliche Beweiswürdigung; in: ACP 165, S. 46 ff.
- Krell, Hans; Der Prima-Facie-Beweis unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts; Marburg 1939 (Diss.)
- Kries, J. von; Logik, Grundzüge einer kritischen und formalen Urteilslehre; Tübingen 1916
- Kries, J. von; Die Principien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, 2. Abdruck; Tübingen 1927
- Kuchinke, K.; Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz; Bielefeld 1964
- Kuchinke, K.; Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Band 30; Frankfurt 1966
- Laplace, Théorie analytique des Probabilités, Paris 1814, zitiert nach W. Stegmüller; Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie, IV., Personelle und statistische Wahrscheinlichkeit, 1. Halbband, 1973
- Larenz, Karl; Ursächlichkeit der Unterlassung; in: NJW 1953, S. 686 ff.
- Lebrecht, Ludwig; Betrachtungen zum technischen Sachverständigenwesen, Eine Studie zur rechten Sachverständigenaussage in Naturwissenschaften und Technik im Blick auf die Rechtsanwendung; Berlin 1974

VIII.

- Lebrecht, Ludwig; Vom technischen Expertenbeweis in der Rechtsprechung und der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit; in: VDI Informationen Nr. 22, April 1969
- Leferenz, Heinz; Kriminalbiologische Gegenwartsfragen Heft 5, 1962
- Leipold, Dieter; Einige Bemerkungen zur Vermutung der nichtehelichen Vaterschaft (§ 1600 o BGB); in: FamRZ 1973, S. 65 ff.
- Lent, Friedrich; Zur Abgrenzung des Sachverständigen vom Zeugen im Zivilprozeß; in: ZZP 60, S. 9 ff.
- Leonhard, Franz; Beweislast, 2. Auflage; Berlin 1926
- Lepa, Manfred; Die Beweiswürdigung und freies richterliches Ermessen; in: DRiZ 1966, S. 112 ff.
- Levis, Otto; Anmerkung zum Urteil des RG vom 16.11.1930 in: JW 1932, S. 107
- Lexis; Zur Theorie der Massenerscheinungen in der menschlichen Gesellschaft; Freiburg 1877
- Ley, Eberhard; Die Pflicht des Strafrichters zur Anhörung weiterer Sachverständiger; München 1966 (Diss.)
- Locher, Eugen; Der Prima-Facie-Beweis in Arztprozessen; in: Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin und Benno Schmidt; Erlangen 1931
- Lotze, Rudolf-Hermann; System der Philosophie, 1. Logik; Leipzig 1912
- Maassen, B.M.; Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, Prozeßrechtliche Abhandlungen Heft 39; Köln-Berlin-Bonn-München 1975

IX.

- Manasse, B.; Der Sachverständige, 2. Auflage; Berlin 1932
- Mayer, Hellmuth; Der Sachverständige im Strafprozeß; in: Festschrift für Edmund Mezger, S. 455 ff.; Berlin 1954
- Mediger, Harald; Gedanken zum patentamtlichen Verfahren in Zeichensachen; in: GRUR 1956, S. 303
- Meixner, Franz; Der Indizienbeweis; Heidelberg 1952
- Mezger, Edmund; Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß; in: ACP Beilageheft zu Band 17; Tübingen 1958
- St. Mill, J.; A System of Logik; London 1843
- Mises, Richard von; Wahrscheinlichkeit, Statistik und Wahrheit; Schriften zur wissenschaftlichen Weltauffassung, Band 3; Wien 1928
- Mösl, Albert; Sachverständigengutachten und freie Beweiswürdigung im Strafprozeß; in: DRiZ 1970, S. 110
- Müller, Klaus; Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren; Mannheim 1973
- Musielak, Hans-Joachim; Die Grundlagen des Beweisrechts im Zivilprozeß; Bonn 1975
- Nagel, Heinrich; Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß; Baden-Baden 1967
- Noelle-Neumann, Elisabeth - Schramm, Karl; Umfrageforschung in der Rechtspraxis, Weinheim 1961

- Noelle-Neumann, Elisabeth; Umfragen in der Massengesellschaft, Einführung in die Methode der Demoskopie; Hamburg 1967
- Osterloh, Robert; Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozeßrechts, Band I.; Leipzig 1851
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch; bearbeitet von Danckelmann, Degenhart, Heinrichs, Keidel, Lauterbach, Putzo, Thomas; 38. Auflage; München 1979
- Panhuysen, Ursula; Die Untersuchung des Zeugen auf seine Glaubwürdigkeit. Ein Beitrag zur Stellung des Zeugen und Sachverständigen im Strafprozeß; Berlin 1964
- Pawlowski, Enka; Der Prima-Facie-Beweis bei Schadenersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien; Göttingen 1966
- Peters, Karl; Der Strafprozeß, 2. Auflage; Karlsruhe 1966
- Peters, Karl; Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.05.1969 in: JR 1970, S. 151 in: JR 1970, S. 152
- Pieper, Helmut; Richter und Sachverständiger im Zivilprozeß; in: ZZP 84, S. 1 ff.
- Pietrusky, Friedrich; Das Blutgruppengutachten; München 1949
- Planck, J.-M.; Bemerkungen über den Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreiche Bayern; in: Kritische Vierteljahresschriften 4 (1862)
- Pleyer, Klemens; Schallaufnahmen als Beweismittel im Zivilprozeß; in: ZZP 69, S. 321 ff.

Ponsold, Albert; Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3. Auflage;
Stuttgart 1967

Preussner, Siegfried; Die Kapitalisierung von Renten wegen ent-
gangenen Unterhalts; in: Versicherungsrecht 1967, S. 840

Pröller, Jürgen; Beweiserleichterungen im Schadenersatzprozeß,
Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht; Karlsruhe 1966

Reichenbach, H.; Der Begriff der Wahrscheinlichkeit für die mathe-
matische Darstellung der Wirklichkeit; Leipzig 1916

Reichenbach, H.; Wahrscheinlichkeitslehre, Zentralblatt und ihre
Grenzgebiete, Band 10; Leipzig 1936

Rosenthal, Alfred; Der Prima-Facie-Beweis; Reichsgericht und In-
stanzgerichte; in: DJZ 1920, S. 881

Rosenberg, Leo; Zu dem Entwurf einer Zivilprozeßordnung; in:
ZZP 57, S. 185 ff.

Rosenberg, Leo; Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts; Gießen
1927

Rosenberg-Schwab; Zivilprozeßrecht, 12. Auflage; Münch 1977

Roth-Stielow, Klaus; Der Abstammungsprozeß, Schriftenreihe der
neuen juristischen Wochenschrift Heft 21; München 1974

Rudolph, Kurt; Das Zusammenwirken des Richters und des Sachverständigen; in: Die Justiz 1969, S. 24 ff.

Savage, L.J.; The foundations of Statistics; London 1954

XII.

Scanzoni, G.v.; Darf der Strafrichter trotz Zweifel schuldig sprechen?; in: JW 1928, S. 2181

Schneider, Egon; Beweis und Beweiserleichterung; 2. Auflage; Berlin 1971

Schneider, Egon; Die Beweiswürdigung im Zivilprozeß; in: MDR 1965, S. 882

Schneider, Egon; Die Ablehnung von Beweisanträgen im Zivilprozeß unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung; in: ZZP 75, S. 173 ff.

Schmidt-Futterer, Wolfgang; Wohnraumschutzgesetze, Kündigung, Mieterhöhung, Mietwucher, Zweckentfremdung; 2. Auflage; München 1976

Schmidhäuser, Eberhard; Zeuge, Sachverständiger und Augenscheinsgehilfe; in: ZZP 72, S. 365 ff.

Schönke, Adolf; Rechtsvergleichende und rechtspolitische Bemerkungen zum zivilprozessualen Beweisrecht; in: ZZP 61, S. 1 ff.

Schreiber, Rupert; Theorie des Beweiswerts für Beweismittel im Zivilprozeß; Berlin 1968

Schwab, Karl-Heinz; Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.10.71 in: ZZP 85, S. 245

Schwinge, E.; Grundlagen des Revisionsrechts; Bonn 1935

Siegert, Karl; Die außergerichtlichen Tonbandaufnahmen und ihre Verwertung im Zivilprozeß; in: NJW 1957, S. 689

XIII.

Sigwart, Christoph; Logik, Band II., Die Methodenlehre; Tübingen 1878

Spielmann, Willi-Seidel, Siegfried; Probleme der Bostatistik zur Feststellung der Vaterschaft durch das Blutgruppengutachten; in: NJW 1973, S. 2228

Soergel-Siebert; Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Auflage (11. Auflage, soweit erschienen); Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967 (1978)

Stegmüller, Wolfgang; Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie, Band I., Wissenschaftliche Erklärung und Begründung; Berlin-New York-Heidelberg 1969

Stegmüller, Wolfgang; Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie, Band IV., 2. Halbband; Berlin-New York-Heidelberg 1973

Stein-Jonas; Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Auflage (20. Auflage, soweit erschienen), Band I.-III.; Tübingen 1972 (1977)

Stein, Friedrich; Das private Wissen des Richters, Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse; Tübingen 1893

Stein, Friedrich; Die Bindung des Tatrichters nach § 565 Abs. 2 der Zivilprozeßordnung; in JW 1922, S. 1491

Stein, Werner vom; Zur Beweiswürdigung demoskopischer Gutachten über Fragen der Verkehrsgeltung im gewerblichen Rechtsschutz; in: GRUR 1972, S. 73 ff.

Stern, William L.; Zur Psychologie der Aussage, Experimentelle Untersuchungen zur Erinnerungstreue; in: ZStW 22, S. 315 ff.

XIV.

Stoll, Heinrich; Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung; in: ACP 136, S. 257 ff.

Thieme, Werner; Rationalisierung der Rechtspflege; in: DRiZ 1969, S. 236 ff.

Thomas-Putzo; Zivilprozeßordnung, 9. Auflage; München 1977

Tröndle, Herbert; Der Sachverständigenbeweis; in: JZ 1969, S. 374 ff.

Ude; Freie Beweiswürdigung und freies richterliches Ermessen; in: ZZP 6, S. 419 ff.

Undeutsch, Udo; Die Entwicklung der gerichtspsychologischen Tätigkeit; Göttingen 1954

Varrentrapp, Eberhard; Die Stellung des gerichtlichen Sachverständigen; in: DRiZ 1969, S. 351

Vierhaus, Felix; Besprechung zu Friedrich Stein: "Das private Wissen des Richters", Leipzig 1893; in: ZZP 19, S. 185 ff.

Wach, Adolf; Die That- und Rechtsfrage bei der Revision im Civilprozeß; in: JW 1881, S. 74

Wassermann, Rudolf; Spezialisierung nutzt der Justiz!; in: ZRP 1970, S. 5 ff.

Wassermeyer, H.; in: Verhandlungen des 46. deutschen Juristentages, Band II., Sitzungsberichte, Referat zum Gutachten von A. Blomeyer (E 7)

Wassermeyer, H.; Der Prima-Facie-Beweis und die benachbarten Erscheinungen, Eine Studie über die rechtliche Bedeutung der Erfahrungssätze; Münster 1954

Weitnauer, H.; Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung; in: Karlsruher Forum 1966, S. 3 ff.

Wellmann, Carl R.; Der Sachverständige in der Praxis; 3. Auflage; Düsseldorf 1974

Wetzell, Georg Wilhelm von; System des ordentlichen Civilprozesses, 1. Abt.; Leipzig 1880

Weyreuther, Felix; Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Anscheinsbeweis; in: DRiZ 1957, S. 55

Wheli, Albert; Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung; in: Festschrift für Adolf Wach, Band I.; Leipzig 1913

Wieczorek, B.; Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, 2. Auflage, Band I., III.; Berlin 1976

von Wilmowski-Levy; Kommentar zu ZPO, 6. Auflage; Berlin 1892

Wimmer, August; Überzeugung, Wahrscheinlichkeit und Zweifel; in: DRZ 1950, S. 390

Windelband, Wilhelm; Die Lehren vom Zufall; Berlin 1870

Zeiler, A.; Was ist richterliche Überzeugung?; in: LZ 1933, S. 273

Zimmermann, Wilhelm; Positiver Vaterschaftsnachweis durch biostatistische Methoden; in: NJW 1973, S. 546 ff.

Nicht näher bezeichnete Entscheidungen des RG und BGH sind der amtlichen Sammlung in Zivilsachen entnommen.

Einleitung:

Beschäftigt man sich mit den Fragen der richterlichen Beweiswürdigung, so stößt man immer wieder auf den Begriff der "Wahrscheinlichkeit". In der Rechtsprechung und Literatur wird betont, daß der Richter für seine Überzeugung nicht eine "jeden Zweifel ausschließende Gewißheit" verlangen dürfe, sondern sich mit einem "hohen Grad von Wahrscheinlichkeit" oder mit einem "für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewißheit" begnügen müsse.

Es wird also vom Richter nicht verlangt, daß er zu absoluter Gewißheit kommt. Ob er sich für seine Überzeugungsbildung mit einem bestimmten Grad von Wahrscheinlichkeit begnügen kann, der für eine streitige Tatsache spricht, oder im einzelnen Fall sogar muß, wird fast seit 100 Jahren in der Literatur erörtert. Die Ansichten über die Grenzen der Subjektivität der richterlichen Würdigung gehen dabei weit auseinander. Die Bereitschaft, die Freiheit der richterlichen Beweiswürdigung durch Maßstäbe der Wahrscheinlichkeit einzuschränken, ist in neuerer Zeit wieder erkennbar stärker. Obwohl zentraler Begriff für alle Überlegungen in dieser Richtung die Wahrscheinlichkeit ist, findet sich weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur eine Definition dieses Begriffes. Bei näherer Untersuchung des Wahrscheinlichkeitsbegriffes ergibt sich aber, daß die Lösung des Problems einer Bindung des Richters an Maßstäbe der Wahrscheinlichkeit entscheidend vom Verständnis dieses Begriffes abhängt. Je nachdem, ob man die Wahrscheinlichkeit als einen objektiven oder einen subjektiven Begriff versteht, entscheidet sich, ob im Einzelfall überhaupt ein bestimmter Grad von Wahrscheinlichkeit ermittelt werden kann. Wie man den Begriff der Wahrscheinlichkeit auch auffaßt,

Grundlage für die richterliche Überzeugungsbildung bleiben in jedem Fall die nach der Zivilprozeßordnung zur Verfügung stehenden Beweismittel, so daß für die Berechtigung einer solchen Bindung des Richters daneben zu untersuchen ist, ob unterschiedliche Beweismittel zu einer jeweils geringeren oder höheren Wahrscheinlichkeit beim Nachweis streitiger Tatsachen führen. Aber nur dann, wenn sich graduelle Unterschiede nicht lediglich aus der subjektiven Einschätzung des Richters im jeweiligen Fall ergeben, sondern "objektiv" meßbar sind, ist es berechtigt die "Freie Beweiswürdigung" des § 286 ZPO dahin einzuschränken, daß der Richter bei einem "hohen Grad von Wahrscheinlichkeit" den Nachweis einer Tatsache als erbracht ansehen muß. Sowohl der Begriff der Wahrscheinlichkeit als auch die Möglichkeit, die Wahrscheinlichkeit nach "objektiven" Gesichtspunkten graduell einzuteilen, soll mit dieser Arbeit untersucht werden.

A. Rechtsprechung und Literatur zur Frage
der Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für
die richterliche Überzeugungsbildung

I. Rechtsprechung

1. Die Rechtsprechung des RG, soweit sie für § 286 ZPO den Begriff der
Wahrscheinlichkeit verwendet

Das RG verwendet schon sehr früh im Rahmen des § 286 ZPO (zum damaligen Zeitpunkt noch § 259 CPD) den Begriff der Wahrscheinlichkeit. Schon im Urteil des I. Zivilsenats des RG vom 14.1.1885 wird ausgeführt, daß man nicht zu "einem absolut sicheren Wissen von der Existenz eines Tatbestandes" kommen könne ¹⁾. Vielmehr "gelte" im praktischen Leben der hohe Grad von Wahrscheinlichkeit, welcher bei möglichst erschöpfender und gewissenhafter Anwendung der vorhandenen Mittel der Erkenntnis entsteht, als Wahrheit, und das Bewußtsein des Erkennenden von dem Vorliegen einer so ermittelten hohen Wahrscheinlichkeit, als die Überzeugung von der Wahrheit" ¹⁾. Bei dem zugrunde liegenden Sachverhalt handelte es sich um die Geltendmachung einer Lebensversicherungssumme. Die Versicherung vertrat die Auffassung, es liege ein Selbstmord vor. Dies hätte nach den Versicherungsbedingungen zu einer Befreiung der Versicherung von ihrer Leistungspflicht geführt. Für ihre bloße Behauptung des Selbstmordes konnte die Versicherung nur Umstände angeben, die einen solchen Selbstmord wahrscheinlich machten.

1) RG 15/339

Mit dieser Begründung - daß man "zu einem absolut sicheren Wissen von der Existenz eines Tatbestandes nicht kommen könne" ¹⁾ - hat das RG die Entscheidung des Berufungsgerichts, das wegen verbliebener Zweifel an dem Selbstmord der Klage stattgegeben hatte, aufgehoben und zurückverwiesen.

Erst lange Zeit später, mit dem Urteil des VI. Zivilsenats vom 10.04.1919 setzt sich das RG wieder mit der Frage auseinander, ob ein bestimmter Grad von Wahrscheinlichkeit für die Überzeugungsbildung ausreichend ist. ²⁾ Wenn auch in der amtlichen Sammlung eine der Entscheidung zugrunde liegenden Fallschilderung nicht gegeben wird, lassen sich doch aus den Ausführungen die Anforderungen erkennen, die das RG für die Verwendung des Wahrscheinlichkeitsbegriffes für die Überzeugungsbildung stellt. Gegenüber den recht pauschalen Ausführungen in RG 15/339 wird hier genauer differenziert. Es wird ausgeführt, daß "die bloße Wahrscheinlichkeit einer Schadenszufügung kein zum Schadenersatz verpflichtender Umstand sei. Es müsse ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit bei Abwesenheit anderer gleichstarker Möglichkeiten dem Richter genügen, seine Überzeugung zu bilden, daß eine Handlung des Beklagten, da sie den schädigenden Erfolg herbeizuführen geeignet war, den Schaden auch wirklich verursacht hat." ²⁾ Nach dieser Entscheidung genügt, daß der Beweispflichtige eine solche Wahrscheinlichkeit dargetan hat, die die Entstehung des Schadens zu erklären geeignet ist. Diese Formulierung ist recht weit gefaßt, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, daß hier möglicherweise eine dem Anscheinsbeweis nahekommende Fallgestaltung zugrunde lag und auch sogleich eine Einschränkung gemacht wird. Die weiteren Ausführungen bringen dann eine Erklärung für die systematische Einordnung der Wahrscheinlichkeit im Prozeßrecht. So führt das RG ²⁾ aus: "Niemals kann aber materiell-

2) RG 95/249

rechtlich eine bloß wahrscheinliche Schadenszufügung eine Schadensverpflichtung begründen; die Wahrscheinlichkeit kann nur das prozeßrechtliche Hilfsmittel sein, die tatsächliche Schadenszufügung als erwiesen anzusehen und festzustellen". ³⁾

Von dieser Formulierung weicht das Reichsgericht erst in der Entscheidung vom 05.07.1921 in einem Fall ab, bei dem es um den Ersatz eines Schadens ging, der angeblich durch Bergbauarbeiten in der Nachbarschaft entstanden sein sollte: "Andererseits darf nicht außer acht gelassen werden, daß bei der Ermittlung von Zusammenhängen, deren Feststellung im Sinn unbedingter Wahrheit sich dem menschlichen Erkennen entzieht, ein der Gewißheit nahekommender Grad von Wahrscheinlichkeit genügen muß, um den Beweis als erbracht anzusehen". ⁴⁾ Wenn hier anstelle einer "hohen" Wahrscheinlichkeit ein der "Gewißheit nahekommender Grad" verlangt wird, scheint damit eine begriffliche Änderung eingetreten zu sein, wobei offenbleibt, wie ein so formulierter gradueller Unterschied festgestellt werden soll. ⁵⁾ Eine wesentliche inhaltliche Änderung oder eine nähere Differenzierung bringt dieser neu eingeführte Begriff zunächst aber nicht. Eine weitere Entscheidung des RG ⁶⁾ kehrt dann unter Bezugnahme auf die vorstehend zitierten Entscheidungen zunächst dahin zurück, "daß dem Richter u. U. ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit genügen muß, sich die Überzeugung zu bilden".

Erst der IV. Zivilsenat des RG präzisiert in seiner Entscheidung vom 15.12.1939 ⁷⁾ genauer, wie der zur Überzeugungsbildung notwendige Grad von Wahrscheinlichkeit vom Richter gefunden werden soll.

Bei dem zugrunde liegenden Sachverhalt ging es um die Feststellung einer 4 Jahre zuvor im Scheidungsverfahren des jetzt verstorbenen Mannes -angeblich- vorliegenden krankhaften Störung der Geistestätigkeit.

3) Die spätere Entscheidung in RG 98/58 greift lediglich auf die bereits bekannten Formulierungen der Entscheidung des RG 95/249 zurück.

4) RG 102/321

5) Gruch 53/670, 671; RG JW 08/197; RG JW 29/140; RG JW 95/543

6) RG 155/40

7) RG 162/223 ff.

Hierfür lagen verschiedene Gutachten vor. Im einzelnen wird dann zu den Anforderungen an § 286 ZPO ausgeführt ⁸⁾: "Diese Erwägungen geben dem Zweifel Raum, ob das Berufungsgericht hierbei nicht zu hohe Anforderungen an die Führung des Beweises im Rechtsstreit gestellt hat. Eine jeden Zweifel oder jede Möglichkeit des Gegenteils ausschließende Gewißheit ist auf diesem Wege niemals zu erlangen. Der Richter muß sich vielmehr mit einem so hohen Grade von Wahrscheinlichkeit begnügen, wie er bei möglichst erschöpfender und gewissenhafter Anwendung der vorhandenen Mittel der Erkenntnis entsteht. Ein solcher, für das praktische Leben allein brauchbarer Grad von Wahrscheinlichkeit gilt als Wahrheit, und das Bewußtsein des Richters von dem Vorliegen einer so ermittelten hohen Wahrscheinlichkeit als die Überzeugung von der Wahrheit".

Wenn auch mit dieser Entscheidung zunächst teils auf Formulierungen aus dem Urteil des RG 15/338 zurückgegriffen wurde, wird doch verdeutlicht, daß unter einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Wahrscheinlichkeit zu verstehen ist. Bei dem Maßstab, der anzulegen ist, wird auf das "praktische Leben" und die "Brauchbarkeit" abgestellt. Dabei kann dann als für das praktische Leben brauchbar angesehen werden, was z.B. allgemeiner Erfahrung entspricht. ⁹⁾

Soweit ersichtlich wird vom RG letztmals in seiner Entscheidung vom 11.4.40 ¹⁰⁾ zu der Frage von Wahrscheinlichkeit und Überzeugungsbildung Stellung genommen. Es wird hier jedoch wörtlich auf die oben angeführten Formulierungen in RG 162/229 zurückgegriffen.

8) RG 162/229

9) RG 99/71

10) RG 163/324

2. Rechtsprechung des BGH, soweit sie für § 286 ZPO den Begriff der Wahrscheinlichkeit verwendet

Die verschiedenen begrifflichen Unterscheidungen für den zur Überzeugungsbildung notwendigen Grad von Wahrscheinlichkeit sind mit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung keineswegs abgeschlossen. Auch die Rechtsprechung des BGH bedient sich zunächst noch unterschiedlicher Begriffe ¹¹⁾, bevor sie zu einer feststehenden Formulierung kommt. Hier wird dann auch nicht mehr nur auf den Grad der Wahrscheinlichkeit allein abgestellt, sondern zugleich auf die Frage, wie stark verbleibende Zweifel sein dürfen, um noch eine Überzeugungsbildung gem. § 286 ZPO zu erlauben. Mit dieser Frage nach der Möglichkeit der Überwindung von Zweifeln wird die Frage nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bei der Würdigung gem. § 286 ZPO ein zweites Mal gestellt; denn nun ist auch der Grad der Wahrscheinlichkeit von Bedeutung, der für das Vorliegen von Umständen spricht, die Zweifel irgendwelcher Art begründen.

Nachdem dieses wesentliche Kriterium hinzugekommen war, bildete sich -wie oben schon angesprochen- in der Rechtsprechung des BGH eine feststehende Formulierung. So wird in dem Urteil des BGH III ZR vom 17.02.1970 im sog. "Fall Anastasia" formuliert ¹²⁾: "Eine von Zweifeln freie Entscheidung setzt das Gesetz dabei nicht voraus. Auf die eigene Überzeugung des entscheidenden Richters kommt es an, auch wenn andere Zweifel oder eine andere Auffassung erlangt haben würden. - Der Richter darf und muß sich aber in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewißheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen". Als feststehend kann diese Formulierung angesehen werden, da sie praktisch

11) BGH VersR 53/401
BGH VersR 59/248

12) BGHZ 53/256
BGHZ 18/318

unverändert seit dem Urteil des BGH vom 6.2.59 ¹³⁾ gebraucht wird. ¹⁴⁾

Wenn der BGH hier auch nur von einem "brauchbaren Grad von Gewißheit" spricht, ist hiermit nichts anderes gemeint, als der Maßstab, der für den Grad von Wahrscheinlichkeit bei der Überzeugungsbildung maßgebend sein soll.

Hierbei ist die persönliche Gewißheit ¹³⁾ im Sinne einer überzeugenden Wahrscheinlichkeit ¹⁵⁾ gemeint. Lediglich Baumbach-Lauterbach ¹⁶⁾ vertritt ohne nähere Begründung die Auffassung, daß Gewißheit mit Wahrscheinlichkeit im obigen Sinne nicht gleichgesetzt werden dürfe. Der Hinweis darauf, daß es sich hier um eine "persönliche Gewißheit" handle, läßt vermuten, daß Baumbach-Lauterbach keinerlei graduellen Maßstab für die Überzeugungsbildung gelten lassen wollen, sondern hierin ausschließlich einen inneren, nicht meßbaren Willensbildungsprozeß sehen wollen. Dem widersprechen aber gerade die oben genannten Entscheidungen der Rechtsprechung, denn sie lassen eine Überprüfung und Aufhebung von Entscheidungen eben auch dann zu, wenn zwar persönliche Überzeugung gegeben ist, die Anforderungen hieran jedoch überspannt wurden. ¹⁷⁾

13) BGH Vers.R. 59/632 ; BGH NJW 70/948

14) BGH DRiZ 67/239 ; BGH DRiZ 69/53

15) Zöllner IV zu § 286 ZPO
Stein-Jonas I § 286 ZPO Rdn. I 1

16) Baumbach-Lauterbach, 33. Aufl., Rdn. 2 C zu § 286 ZPO
vergl. auch Musielak S. 115 mit weiteren Lit.-Hinweisen

17) RG 162/223
BGH VersR 59/632

3. Stellungnahme zur Rechtsprechung

Die Rechtsprechung verwendet bei der Überzeugungsbildung den Begriff der Wahrscheinlichkeit schon seit langem. Was sie dabei jeweils unter "Wahrscheinlichkeit" verstehen will, erörtert sie aber in keiner dieser Entscheidungen. Entsprechend ist in der Rechtsprechung auch an keiner Stelle eine Bestimmung dieses Begriffs zu finden. Diese Tatsache berechtigt zu der Vermutung, daß die Rechtsprechung wohl keinen Anlaß sieht, sich mit dem Begriff der Wahrscheinlichkeit theoretisch auseinanderzusetzen. Sie scheint davon auszugehen, daß es sich um einen feststehenden Begriff handelt, der in immer gleicher Bedeutung verwendet werden kann. Das kann man wohl darauf zurückführen, daß dieser Begriff schon 1885¹⁸⁾ in die Begriffsbestimmung der Überzeugungsbildung des § 286 ZPO (damals noch § 259 CPD) eingegangen ist. Mit der Zeit wurde dann aber nur die Definition einer für § 286 ZPO ausreichenden Wahrscheinlichkeit verfeinert, ohne näher auf den im einzelnen Fall verwendeten Wahrscheinlichkeitsbegriff einzugehen.

Daß die Bedeutung des verwendeten Begriffs "Wahrscheinlichkeit" in der Rechtsprechung zu § 286 ZPO sehr unterschiedlich sein kann, zeigt ein Vergleich folgender Beispiele. Die Unterschiede ergeben sich dabei im wesentlichen aus der Art der Ermittlung der für die Überzeugungsbildung ausreichenden Wahrscheinlichkeit.

- a) Im Rahmen eines Bauprozesses wird zu einer komplizierten technischen Frage ein Sachverständigengutachten erhoben. Dabei bestätigt der Sachverständige eindeutig die fehlerhafte Ausführung der durch den Beklagten erbrachten Arbeiten.

18. RG 15/339 Karlsruher Forum 1966/3
so auch Weitnauer 66/3

- b) Der Kläger behauptet, mit dem Beklagten mündlich eine Vereinbarung getroffen zu haben, nach der der Beklagte einen als Darlehen erhaltenen Betrag zu einem bestimmten Zeitpunkt zurückzuzahlen habe, was der Bekl. seinerseits bestreitet.

Den Inhalt der vom Kläger behaupteten Vereinbarung bestätigt im Verfahren der Zeuge Z. ¹⁹⁾

- c) Im Rahmen eines Wettbewerbsprozesses wird behauptet, daß z. B. die Bezeichnung einer Ware mit "L'Oreal SA Paris", für die Verbraucher irreführend, als örtliche Herkunftsangabe verstanden werde. ²⁰⁾

Im ersten Fall ermittelt der Richter unter Zuhilfenahme des vom Sachverständigen erstellten Gutachtens den für seine Überzeugungsbildung ausreichenden Grad der Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen der bestrittenen Tatsache und trifft hiernach seine Entscheidung. Der von ihm ermittelte Wahrscheinlichkeitsgrad basiert dabei auf der besonderen technischen Erfahrung des Sachverständigen. Das Ergebnis des Gutachtens bestimmt im wesentlichen die gebildete Überzeugung. ²¹⁾

Aber auch in dem zweiten Fall kann der Richter "zu einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit gelangen, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen". Hier bildet sich der Richter seine Überzeugung nicht aufgrund eines wissenschaftlich begründeten Gutachtens. Trotzdem kann er sich davon überzeugen, ob die vom Kläger behauptete Individualvereinbarung vorliegt. Dabei ist die Frage, wann er im einzelnen "keine Zweifel" mehr hat bei einer solchen Einzelfallentscheidung nur mit seiner subjektiven "freien" Überzeugungsbildung zu erklären.

19) vergl. etwa BGH NJW 51/70, 71 zu den Anforderungen an die Beweisführung bei individuellen vertraglichen Vereinbarungen

20) BGH NJW 65/1854 (L'Oreal SA Paris)

21) vergl. unten Seite 122 ff.

Im dritten Fall hat der Richter sich davon zu überzeugen, ob eine Bezeichnung irreführend ist. Hier gelangt er zu "dem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit" über die Heranziehung allgemeiner Lebenserfahrung, durch ein Vergleichen von anderen Fällen und allgemeinen Ansichten.

In allen drei Fällen "überzeugt sich der Richter", und zwar mit einem für § 286 ZPO ausreichenden Grad von Wahrscheinlichkeit. Daß die Bedeutung und Überzeugungskraft der Wahrscheinlichkeit für den Vorgang der Überzeugungsbildung des Richters in allen drei Fällen unterschiedlich ist, ist offensichtlich. Die erheblich stärker subjektiv geprägte Entscheidung im zweiten Beispiel entspricht dabei am meisten dem Fall, in dem man erwartet, daß die Entscheidung auf "freier Überzeugung" gem. § 286 ZPO beruht. In dem Bauprozeß ist man dagegen ganz eindeutig geneigt, von vornherein anzunehmen, hier dürfe für eine "freie" Überzeugungsbildung des Richters eigentlich kein großer Spielraum mehr sein. Dazwischen läge wohl die Beweisfrage aus dem Wettbewerbsrecht.

Trotz dieser Unterschiede im einzelnen Fall, gebraucht die Rechtsprechung den Begriff der Wahrscheinlichkeit ohne nähere begriffliche Unterscheidung. Eine Erklärung dafür, daß eine solche Unterscheidung nicht vorgenommen wird, kann wohl nur darin gefunden werden, daß die Rechtsprechung trotz der gewissen "Objektivierung" der Überzeugungsbildung gem. § 286 ZPO (durch den von ihr verwendeten Begriff des "für das praktische Leben brauchbaren Grades von Gewißheit"²²⁾) wesentlich stärker als auf objektive Wahrscheinlichkeitsmomente auf die persönlich (subjektiv) erzielte Gewißheit als immer letztlich ausschlaggebendes Kriterium der Überzeugungsbildung abstellt.²³⁾

22) Musielak S. 105 ff., 107, 109

23) BGH NJW 70/948

Bleibt aber -ohne Rücksicht auf den zugrundeliegenden Fall- die subjektive Einstellung des Richters für die Überzeugungsbildung gem. § 286 ZPO allein entscheidend, so ließe sich dies damit erklären, daß für die Rechtsprechung ein differenzierter Gebrauch des Wahrscheinlichkeitsbegriffes entbehrlich ist.

Dies wäre jedoch nur eine Erklärung, nicht aber zugleich eine überzeugende Bestätigung der Richtigkeit dieser Rechtsprechung.

II. Literatur

1. Ansichten in der Literatur, die sich mit der Frage der Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die richterliche Überzeugungsbildung auseinandersetzen

Das Problem, inwieweit absolute Gewißheit für die Erlangung der richterlichen Überzeugung zu verlangen ist, oder ob sich der Richter mit einem bestimmten Grade von Wahrscheinlichkeit begnügen kann oder muß, wird in der Literatur verschiedentlich erörtert.

a) Auffassung Steins ²⁴⁾

Bereits 1883 setzt sich Stein mit dieser Frage auseinander. Interessanterweise spricht schon er alle Kriterien an, die die in der Rechtsprechung jetzt verwendete Formulierung ¹²⁾ enthält, wenn er ausführt ²⁵⁾:

" Es ist eine Verkennung der Grenzen, die der menschlichen Erkenntnis gezogen sind, wenn einzelne Schriftsteller ²⁶⁾ auch noch jenseits der Überzeugung von der Wahrheit eines Satzes eine Gewißheit annehmen wollen, die etwas innerlich anderes als die höchste Wahrscheinlichkeit bedeuten soll. Den absoluten Ausschluß des Zweifels behaupten zu wollen, verbietet sich jedem von selbst, der die Geschichte des menschlichen Erkennens verfolgt hat. "

Zugleich analysiert Stein den Vorgang, der zur richterlichen Überzeugung führt. Er verwendet hierbei die Begriffe "Ober- und Untersätze", wobei er unter Obersätzen ²⁷⁾ Regeln des Lebens und Erfahrungssätze versteht. (Auf die Begriffe "Regeln des Lebens und Erfahrungssätze" wird unten noch eingegangen ²⁸⁾).

Stein geht davon aus, daß die Bedeutung des Obersatzes darin liege, daß logisch der "Weg von einer Tatsache zur anderen immer nur über die Brücke des allgemeinen Satzes führe". ²⁹⁾

24) Stein, Das private Wissen des Richters

25) Stein a. a. O. S. 29

26) hier verweist Stein insbesondere auf v. Canstein und Fitting

27) Stein a. a. O. S. 14

28) vergl. unten S. 151 ff.

29) Stein a. a. O. S. 18

Den Obersätzen ist daher nach Stein gemeinsam, daß sich unter gewissen Bedingungen dieselben Folgeerscheinungen wiederholen werden. ²⁹⁾

Hiermit spricht Stein nichts anderes aus, als daß bei bestimmten Obersätzen die Überzeugungsbildung eben nicht auf "Gewißheit" in einem absoluten Sinn beruht, sondern auf einer an Wahrscheinlichkeiten ausgerichteten Beurteilung. Dies bringt Stein zum Ausdruck, wenn er sagt: ³⁰⁾

"Die Erfahrungssätze aber entbehren, wie alle durch den kühnen Sprung der Induktion gewonnenen Sätze, auch jener logischen Gewißheit. Sie sind stets nur Annäherungswerte an die Wahrheit."

Stein sieht also bereits die Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die Überzeugungsbildung. Er verbindet hiermit seinen Begriff "Obersatz", also den Erfahrungssatz. Dabei sieht er für die Tragfähigkeit der "Obersätze" durchaus graduelle Unterschiede. ³¹⁾

30) Stein a. a. O. S. 29/30

31) Stein a. a. O. S. 28/29 :

"Es ist also für die rechtliche Behandlung gleichgültig, ob ein Erfahrungssatz so sicher ist, wie etwa der Obersatz des Alibibeweises, daß niemand an zwei Orten zugleich sein kann....oder ob es sich um Sätze handelt, wie die von der Individualität der Handschriften oder von der absoluten Unterscheidbarkeit der Menschen, Sätze, deren Allgemeingültigkeit täglich durch neue Erfahrung widerlegt wird. Von dem einen zum anderen führt auch hier der Weg der unmerklichen Steigung über alle Grade der Denkbarkeit, Möglichkeit, und Wahrscheinlichkeit, aber hier mit lediglich quantitativem Fortschreiten."

Wann der Richter im einzelnen überzeugt sein kann, ergibt sich für ihn daraus, daß kein Beweis mehr kann, als einen verständigen auf der Höhe der Bildung seiner Zeit stehenden Mann zu überzeugen.³²⁾ Stein stellt also letztlich auf an quantitativer Wahrscheinlichkeit meßbare Erfahrung ab, der rein innere gefühlsmäßige Prozeß einer Überzeugungsbildung tritt für ihn nicht allein in den Vordergrund.³³⁾

b) Ansicht Ehrenzweigs

Eine völlig andere Auffassung hinsichtlich der Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die richterliche Überzeugungsbildung vertritt Ehrenzweig.³⁴⁾ Er unterscheidet schon rein begrifflich zwischen "Wahrscheinlichkeitsüberzeugung" und "Wahrheitsüberzeugung".³⁵⁾ Für ihn ist Wahrscheinlichkeitsüberzeugung ein wirkliches Fürwahrhalten (nicht bloßes Fürwahrscheinlichhalten) aber mit dem deutlichen Bewußtsein der Nichtgewißheit. Wenn allerdings dieses Bewußtsein zurücktritt, weil sich aus dem konkreten Sachverhalt plausible Gegengründe nicht mehr aufdrängen, dann entsteht die Wahrheitsüberzeugung.³⁶⁾ Ehrenzweig wendet sich gegen die Rechtsprechung, die den "hohen Grad von Wahrscheinlichkeit" ausreichen läßt und den Richter hieran bindet. Für Ehrenzweig steht im Vordergrund das "Fürwahrhalten", also der innere Vorgang bei der Entscheidung.

Die von Ehrenzweig vorgenommene begriffliche Unterscheidung hilft für die Frage, mit welchem Wahrscheinlichkeitsgrad der Richter sich zufriedengeben muß, nicht weiter.

32) Stein a. a. O. S. 31

33) Vierhaus schließt sich der Auffassung von Stein an ZJP 19/185 ff.

34) Ehrenzweig in JW 29/85 ff.

35) Ähnlich in der begrifflichen Unterscheidung: Drefahn, Beweislast S. 58. Drefahn bringt hier jedoch noch als weiteren Begriff den des Wahrscheinlichkeitsbeweises; diesen gebraucht er allerdings in der Nähe des Prima-Facies-Beweises. Vergl. hierzu auch Wassermeyer, P.-F.-Beweis, Seite 68 ff.

36) Ehrenzweig JW 29/85

Denn auch der Begriff der "Wahrheitsüberzeugung" ist nicht frei von Wahrscheinlichkeitselementen. Im Grunde unterscheiden sich beide von Ehrenzweig gebrauchten Begriffe nur dadurch, daß einmal ein "Bewußtsein der Ungewißheit" gegeben sein kann, das andere Mal keine "plausiblen Gegengründe" vorhanden sind. Hierin liegt aber nichts anderes, als die Umschreibung dafür, mit welchem Grade von Wahrscheinlichkeit von dem bzw. einem anderen, als dem angenommenen Hergang ausgegangen werden könnte. Letztlich nimmt auch er gedanklich hier für seine unterschiedlichen Begriffsbildungen Abwägungen nach negativer Wahrscheinlichkeit eines anderen Geschehensablaufes an.

c) Ansicht Scanzonis 37) 38)

Scanzoni lehnt für die Überzeugungsbildung den Begriff der "Wahrscheinlichkeit" völlig ab. Wenn jemand in irgendeiner Richtung eine Tatsache bezweifle, könne er von ihrer Wahrheit nicht überzeugt sein.³⁷⁾ Das Gesetz fordere aber die Überzeugung des Richters und die Überzeugung stehe höher als alles Wissen. Aus Wissen und Beweisen, aus für und wider werde sie geboren und nur wo letzter Zweifel sterbe, erwache sie zum Leben.³⁷⁾ Welche Abneigung Scanzoni gegen den Begriff der Wahrscheinlichkeit bei der Überzeugungsbildung hat, bringt folgendes Zitat zum Ausdruck:

" Nicht das Bewußtsein des Erkennenden von dem Vorliegen höchsterzielbarer Wahrscheinlichkeit "gilt" als die Überzeugung von der Wahrheit; sondern ein aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpfter, tief innerste Erfüllung, Durchdrungenheit, ein von der Vorstellungswelt vermittelter Glaube "ist" die Überzeugung von der Wahrheit. "

37) Scanzoni in JW 28/2181 ff.

38) Eine ähnlich starke Berücksichtigung findet die rein subjektive Seite der Überzeugungsbildung bei Döhring. Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß, dort S. 462 ff. (463), wo insbesondere eine angemessene Berücksichtigung der "inneren Stimme" des Richters verlangt wird.

Eine so stark subjektive Auffassung ist wenig überzeugend. Jeder auch noch so entfernt liegende persönliche Zweifel würde nach Scanzoni genügen, eine Überzeugungsbildung des Richters zu verhindern. Andererseits wäre jede Entscheidung des leicht zu überzeugenden Richters unangreifbar, da er ja diesen "inneren Glauben" erlangt hat. Ein Maßstab zur Überprüfung solcher Entscheidungen in der Revisionsinstanz wäre von vornherein völlig ausgeschlossen, womit sich allerdings zugleich auch das Problem der Revisibilität bei § 286 ZPO erledigt hätte.

d) Auffassung Heinsheimers ³⁹⁾

Auch Heinsheimer vertritt eine im wesentlichen subjektive Auffassung, wobei er allerdings dem Richter die Möglichkeit der Berücksichtigung von bestimmter Wahrscheinlichkeit zur Überzeugungsbildung zubilligen will. Seine Auffassung kann also nicht als streng subjektiv bezeichnet werden. Heinsheimer stellt die Frage anders. Der Richter habe zu beurteilen, ob die nach den Indizien bestehende Wahrscheinlichkeit hinreichend groß ist, um den Schluß auf die Wahrheit des behaupteten Ereignisses oder Zusammenhangs zu rechtfertigen. ⁴⁰⁾ Weiter stellt Heinsheimer die Frage, ob die Rechtsprechung mit der Formulierung der "hohe Grad von Wahrscheinlichkeit gilt als Wahrheit" eine Bindung des Richters an diesen Grad von Wahrscheinlichkeit beinhalte. Das wird jedoch von ihm verneint. Nach seiner Ansicht besagt dies nur, daß der Richter durch die Art der ihm gestellten Aufgabe subjektiv genötigt sei, höchste Wahrscheinlichkeit als Wahrheit gelten zu lassen. ⁴¹⁾ ⁴²⁾ Nach seiner Ansicht ist der Wahrscheinlichkeitsmaßstab kein objektiver, sondern ein subjektiver:

39) Heinsheimer, Die Freiheit der richterlichen Überzeugung...

40) Heinsheimer a. a. O. S. 141

41) Heinsheimer a. a. O. S. 142

42) Obwohl RG 95/249 ausführt: "Andererseits müsse ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit genügen bei Abwesenheit anderer gleichstarker Möglichkeiten.

" Aber der Richter sucht die Überzeugung in sich nur dann richtigerweise, wenn er sich dabei gegenwärtig hält, daß er nicht nach mathematischer Gewißheit zu suchen hat, daß vielmehr "Überzeugung" nichts ist als das praktisch erreichbare Vollmaß subjektiven Fürwahrhaltens. " 43)

Für Heinsheimer muß zur Bildung der subjektiven Überzeugung dies eine stattfinden, daß, was logisch möglich ist, auch vom Urteilenden als materiell wahr anerkannt und nicht etwa als sachlich zweifelhaft oder gar widerlegt erachtet wird.

Heinsheimer sieht die Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die Überzeugungsbildung also darin, daß es dem Richter durchaus gestattet ist - wohl im Sinne einer Art Ermessensentscheidung - bestimmte Wahrscheinlichkeiten zu berücksichtigen. Allerdings kann auch nach seiner Ansicht der Grad der von ihm seiner Entscheidung zugrundegelegten Wahrscheinlichkeit nicht überprüft werden. Das aufgrund von Wahrscheinlichkeit erreichte "Fürwahrhalten" ist zur Überzeugungsbildung ausreichend. Hiernach kann der Richter jeden Grad von Wahrscheinlichkeit berücksichtigen, wenn er ihn "für genügend erkannt" hat, um die fragliche Tatsache für wahr zu erachten. Er kann jedoch andererseits hierzu nicht angehalten werden, also insbesondere an keinen bestimmten Maßstab gebunden werden, ab wann er sich zur Überzeugungsbildung auch mit Wahrscheinlichkeit begnügen muß.

Wenn auf der einen Seite schon sehr bedenklich ist, daß der Richter fast jedwede Wahrscheinlichkeit für seine Überzeugung zugrundelegen kann, stellt sich andererseits die Frage, ob der Richter nicht doch in verschiedenen Fällen einen bestimmten Wahrscheinlichkeitsmaßstab ausreichen lassen muß.

43) Heinsheimer a. a. O. S. 136

Hier widerspricht sich Heinsheimer selbst, wenn er einerseits sagt, der Richter suche seine Überzeugung nur dann in richtiger Weise, wenn er sich vergegenwärtige, daß er nicht nach mathematischer Gewißheit zu suchen habe, sondern daß die "Überzeugung" das "praktisch erreichbare Vollmaß subjektiven Fürwahrhaltens" ist, andererseits aber sagt, ausreichend sei das subjektive Fürwahrhalten. Der von ihm selbst verwandte Begriff des "praktisch erreichbaren Vollmaßes" sagt ja nichts anderes, als daß sich der Richter eben doch nach einem an dem praktischen Leben ausgerichteten Maßstab "zu überzeugen" hat. Es mag dahinstehen, ob hierdurch wieder die Wahrscheinlichkeit zu einer objektiven Bedeutung kommt, denn jedenfalls steht für Heinsheimer die subjektive Seite der Überzeugungsbildung, wenn er auch hierbei Wahrscheinlichkeit berücksichtigen will, im Vordergrund. Er lehnt damit eine weitergehende Bedeutung der Wahrscheinlichkeit im Sinne einer Überprüfbarkeit an objektiven Kriterien ab.

e) Ansicht Zeilers ⁴⁴⁾

Zu den Autoren, die sich mit dem Grenzbereich zwischen bloßer hoher Wahrscheinlichkeit und richterlicher Überzeugung auseinandersetzen, gehört auch Zeiler. Er behandelt diese Problematik im Hinblick auf die RG-Rechtsprechung mehrfach. ⁴⁵⁾

Er sieht als wesentliches Kriterium für die Erlangung der Überzeugung des Richters an, wie stark "Zweifel" für ihn sind, die noch verbleiben können. Trotz des Bestehenbleibens von "Zweifeln" in diesem Sinne muß aber der Richter zum Urteil kommen, und solche Zweifel werden überwunden, wenn sie wegen ihrer besonders hohen Unwahrscheinlichkeit hinter dem übrigen Ergebnis der richterlichen Erwägungen verschwinden müssen.

44) Zeiler LZ 1933/273

45) Zeiler DRZ 29/133 ; 30/25 ; LZ 33/273 ff.

Dafür, welches Maß von Unwahrscheinlichkeit zu fordern ist, läßt sich keine sichere Regel aufstellen, läßt sich dem Richter kein sicheres "Rezept" geben.⁴⁶⁾ Hier zeigt sich, daß auch Zeiler davon ausgeht, daß für den Richter die Wahrscheinlichkeit eine wesentliche Bedeutung bei der Überzeugungsbildung hat. Allerdings legt er das Schwergewicht auf eine negative Überzeugungsbildung, wenn eben ein anderer Verlauf als besonders unwahrscheinlich anzusehen ist. Wenn er dann aber die Abwägung des Für und Wider und die Entscheidung darüber, ob das Wider von so geringem Gewicht sei, daß es gegenüber dem Für unbeachtet bleiben müsse, allein in einem im Inneren des Richters, in dem Pflichtgefühl, mit dem er seines Amtes walten muß, liegenden Prozeß sieht⁴⁷⁾, dann ist hier auch mit dem Abstellen auf die negative Wahrscheinlichkeit nicht viel gewonnen. Zwar wird hiermit die Bedeutung des Abwägens von Wahrscheinlichkeiten für die Überzeugungsbildung recht deutlich gemacht. Aber letztlich entscheidend soll eben doch, auch bei Betrachtung der Problematik von dieser Seite, die rein subjektive nicht meßbare Auseinandersetzung des Richters mit dem ihm ausreichenden Grade von Wahrscheinlichkeit (bzw. Unwahrscheinlichkeit) sein.

46) Zeiler LZ 33/280

47) Zeiler LZ 33/280

f) Auffassung Leonhards 48) 49)

Noch näher auf die Abgrenzung im Bereich zwischen hoher Wahrscheinlichkeit und Überzeugung geht Leonhard ein.

"Zunächst ist sehr wohl denkbar, daß die Waagschalen der Wahrscheinlichkeit einander vollkommen gleichstehen, und auch da, wo die eine Wahrscheinlichkeit ein ganz Geringes überwiegt, ist ein Beweis noch nicht gewonnen; denn nicht jedes geringfügige Übergewicht der Wahrscheinlichkeit ist schon ein Beweis." 50) 51)

Leonhard verlangt, daß "eben doch ein gewisses erhebliches Übergewicht erreicht werden muß." 52) Es genügt nach seiner Ansicht nicht, daß eine Behauptung wahrscheinlicher ist als ihr Gegenteil. 52) Eine Antwort auf die Frage, welcher Grad von Wahrscheinlichkeit für die Überzeugungsbildung des Richters ausreichend ist, wird hiermit aber auch nicht gegeben. Ebenso wenig wird Klarheit darüber verschafft, welche Kriterien für ein "erhebliches Übergewicht" an Wahrscheinlichkeit ausschlaggebend sein sollen.

48) Leonhard, Beweislast 2. Auflage

49) ähnlich auch schon Ude ZZP 6/438, wobei auch er das subjektive Urteil als letztlich allein entscheidend ansieht.

50) Leonhard a. a. O. S. 166

51) so mit Hinweis auf Leonhard auch Lepa DRiZ 66/113

52) Leonhard a. a. O. S. 170

g) Ansicht Wimmers 53) 54)

Wimmer versucht eine Abgrenzung vorzunehmen, indem er ähnlich wie Zeiler die Frage stellt, wann etwas - negativ - unmöglich bezweifelt werden kann.⁵⁵⁾ Hier geht er bei der Abgrenzung wesentlich auf die Bedeutung der "Erfahrungssätze" für die Überwindung von Zweifeln ein. Nach seiner Ansicht bedingen sie nicht nur im Bereich einer allgemein geltenden bzw. gesicherten Erfahrung, sondern auch im allgemeinen Erfahrungsbereich ganz bestimmte Schranken, die einem Zweifel gesetzt sind.⁵⁵⁾ Dabei schließt er eine der allgemeinen Erfahrung entgegenstehende Beurteilung nicht aus, stellt hieran aber bestimmte Anforderungen.⁵⁶⁾ Aber auch Wimmer gibt damit letztenendes nur einen Anhaltspunkt, denn im Ergebnis geht auch er davon aus, daß keine Norm dafür bestehe, welche Überzeugung man bei einem bestimmten objektiven Beweisergebnis haben müsse oder dürfe oder nicht haben dürfe, keinerlei Norm für die Relation zwischen Wahrscheinlichkeitsgrad und Überzeugung.⁵⁶⁾ Wenn er also von "einer gesetzesgleichen Grenze der Unvernünftigkeit" spricht, will auch er im Ergebnis die "qualitative Beschränkung der Überzeugungsbildung" nicht. Die bestmögliche Entscheidung im Einzelfall wird nach seiner Ansicht durch die freie richterliche Beweiswürdigung garantiert. Er läßt also die rein subjektive Überzeugung des Richters entscheidend sein, wenn er die mögliche Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für bestimmte Fälle auch erkennt.

53) Wimmer DRZ 50/390 ff.

54) ähnlich auf die Bindung an allgemeiner Erfahrung abstellend auch Wehli in Festschrift für Wach S. 405 ff.

55) Wimmer DRZ 50/393

56) Wimmer DRZ 50/393/394

h) Auffassung Kuchinkes

Kuchinke geht noch einen Schritt weiter.⁵⁷⁾ Er bezeichnet die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit, mit der ein Geschehen als einem Gesetz oder einer Regel gemäß verlaufend angesehen werden kann, als ihren "Beweiswert".⁵⁸⁾ Ausgangspunkt seiner Überlegung ist, daß die Ermittlung und Abschätzung des Beweiswertes eines Satzes und die mögliche Einschränkung seiner Geltung durch die individuelle Gestaltung eines Sachverhaltes der freien Beweiswürdigung des Tatrichters unterliegen.⁵⁸⁾ Daraus könnte man den Schluß ziehen, daß auch für ihn in vollem Umfang letztlich die innere, subjektive Einstellung des entscheidenden Richters den Ausschlag gibt. Er unterscheidet hier aber. Von Bedeutung ist für ihn der "Grad der Sicherheit", mit dem das Bestehen eines Satzes bestimmten Inhalts anerkannt werden kann, bzw. der Grad der Sicherheit, mit dem sich auf seiner Grundlage Sachverhalte beurteilen lassen.⁵⁹⁾ Bei diesem "Grad der Sicherheit" stellt er auf die Verwertung von Erfahrungswissen ab.⁶⁰⁾ Soweit das Erfahrungswissen für die Entscheidung in Betracht kommt, das der Richter wie jeder zu verwerten hat, der über Sachverhalte der Wirklichkeit urteilt, kann eine Bindung nur an "gesicherte Erkenntnisse" und Sätze von "allgemeiner Bedeutung" erfolgen.⁶¹⁾

In einer späteren Abhandlung präzisiert Kuchinke seine Ansicht. Der Richter sei letztenendes nur insofern frei, als er nicht an ungesichertes Erfahrungswissen gebunden werden kann.⁶²⁾ Den Rahmen zwischen Freiheit und Bindung sieht er zwischen der Überzeugung als der persönlichen Gewißheit und den Überzeugungsgründen abgesteckt.⁶³⁾

57) Kuchinke, Grenzen der Nachprüfbarkeit...

58) Kuchinke a. a. O. S. 181

59) Kuchinke a. a. O. S. 182

60) Kuchinke a. a. O. S. 199

61) vgl. wie Fn. 60

62) Kuchinke, Freiheit und Bindung S. 31

63) Kuchinke, Freiheit und Bindung S. 35

Die Frage der Bindung an Erfahrungswissen stellt sich für ihn so, wann im Einzelfall die Gründe ausreichen, um die Überzeugung des Richters zu rechtfertigen, wobei es für ihn insbesondere fraglich ist, ob es einen allgemeingültigen Maßstab hierfür gibt, an den der Richter gebunden ist.

Die von Kuchinke so gestellte Frage ist im Grunde nichts anderes, als die Frage nach dem Grade der Wahrscheinlichkeit, der für die richterliche Überzeugungsbildung ausreicht. Die Notwendigkeit des Vorliegens von "Überzeugungsgründen" ist dabei als das anzusehen, was Stein bereits mit "Obersätzen" bezeichnet hat, nämlich Berücksichtigung von Regeln des Lebens und Erfahrungssätzen. ⁶⁴⁾ Kuchinke wehrt sich jedoch gegen den Begriff eines bestimmten Grades von Wahrscheinlichkeit, denn er sieht hierin "Versuche, in gewisser Weise die Überzeugungsbildung zu objektivieren und von dem subjektiven Erlebnis zu befreien". ⁶⁵⁾

Er gibt damit zu erkennen, daß auch für ihn das "subjektive Erlebnis" des Richters für die Überzeugungsbildung grundsätzlich im Vordergrund steht. Allerdings berücksichtigt er dann trotzdem bei der Würdigung im Bereich der Tatfrage "offenbare Mängel bei der Urteilsbildung". ⁶⁶⁾ Als offenbaren Mangel sieht er an, wenn z.B. Sätze des Erfahrungswissens bei der Bildung der Überzeugung nicht berücksichtigt oder nicht gewürdigt werden oder Sätze vorausgesetzt werden, die nicht hinreichend gesichert sind. Weiter soll als offener Mangel auch gelten, wenn der Richter den Beweiswert zwingender Sätze falsch einschätzt oder einem Satz mit schwächerem Beweiswert gegenüber dem Satz mit stärkerem Beweiswert den Vorzug gibt. ⁶⁷⁾ ⁶⁸⁾

64) Stein, Privates Wissen S. 19

65) Kuchinke, Freiheit und Bindung S. 36

66) Kuchinke, Grenzen S. 227

67) Kuchinke, Grenzen S. 228

68) entgegen BGH 12/25, der diesen Bereich ausdrücklich dem Tatrichter zuweist

Bei diesen "offenbaren Mängeln", die Kuchinke berücksichtigen will, handelt es sich letztlich um eine Abwägung von Wahrscheinlichkeiten, die sich aus verschiedenen starken Erfahrungen (Lebenserfahrung und gesichertes Erfahrungswissen) ergeben.

i) Ansicht Blomeyers

Hatte Kuchinke in der Berücksichtigung des Begriffes eines bestimmten Grades von Wahrscheinlichkeit den - von ihm nicht gebilligten - Versuch gesehen, "in gewisser Weise die Überzeugungsbildung zu objektivieren" ⁶⁵⁾, bekennt sich Blomeyer ausdrücklich zu einem solchen objektiven Maßstab. ⁶⁹⁾ Für ihn ist der vom BGH angesprochene jeden vernünftigen Zweifel ausschließende Grad von Wahrscheinlichkeit ein objektiver Maßstab, an welchem der Richter sich bei der Bildung seiner "freien" Überzeugung halten muß. ⁷⁰⁾ Liegt ein solcher Grad von Wahrscheinlichkeit vor, so ist der Richter verpflichtet, die Feststellung zu treffen, auch wenn ihm die volle Überzeugung fehlen sollte. § 286 ZPO stellt nach seiner Ansicht nicht schlechthin auf die innere Überzeugung des Richters ab, sondern verweist auf Maßstäbe von Wahrscheinlichkeit, an welche er den Richter bindet. Darüber darf auch nicht die Formel von der "vollen richterlichen Überzeugung" hinwegtäuschen. ⁷⁰⁾ Blomeyer kommt damit zu einer uneingeschränkten Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit im Rahmen des § 286 ZPO. ⁷¹⁾

69) Arens ZP 88/29 sieht eine von dem einzelnen Richter absehbende Objektivierung darin, daß die Überzeugung des Richters durch rationale für Dritte nachvollziehbare Gründe abgesichert sein muß.

70) Blomeyer, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Gutachten S. 16

71) "uneingeschränkt" ist nicht auf die Berücksichtigung in der Revision bezogen, hier wird für die Wahrscheinlichkeit auch nach den verschiedenen Erfahrungssätzen unterschieden.

Im Gegensatz zu den vorher zitierten Autoren reicht für ihn ein bestimmter Grad von Wahrscheinlichkeit aus, um das Merkmal des subjektiven Überzeugtseins aus dem Bereich des § 286 ZPO zu verdrängen.⁷²⁾ Für die Frage, welcher Grad von Wahrscheinlichkeit notwendig ist, unterscheidet Blomeyer⁷³⁾ - der Terminologie Hainmüllers folgend⁷⁴⁾ - Erfahrungssätze und Erfahrungsgrundsätze. Die Erfahrungsgrundsätze betreffen nur die Fallgestaltungen, die nach der Rechtsprechung geeignet sind, den Beweis des ersten Anscheins zu begründen. Solche Erfahrungsgrundsätze sollen immer einen für § 286 ZPO ausreichenden und den Richter bindenden Grad von Wahrscheinlichkeit begründen. Anders die (einfachen) Erfahrungssätze.⁷⁵⁾ nur bei Anwendung nicht existierender Sätze soll bei diesen ein revisibler Verstoß vorliegen, wobei natürlich daran zu denken wäre, ob hier ein Verstoß gegen Denkgesetze gegeben sein könnte. Wird der Beweiswert verkannt, also der Grad der Wahrscheinlichkeit des einfachen Erfahrungssatzes nicht erkannt, will Blomeyer das nicht als Verletzung von § 286 ZPO verstanden wissen. Obwohl er eine gewisse Objektivierung der Überzeugungsbildung in dem "Hinweis auf Maßstäbe der Wahrscheinlichkeit"⁷⁶⁾ sieht, beschränkt er sich bei seiner Untersuchung auf Fragen des Anscheinsbeweises.⁷⁷⁾ Zwar weist er darauf hin, daß natürlich eine Bindung des Richters an "den Grad der Wahrscheinlichkeit, der vernünftige Zweifel ausschließt", für jede Art von Beweis gilt, eine Behandlung der Frage, welche Bedeutung für die verschiedenen Beweismittel die "Annahme eines bestimmten Grades von Wahrscheinlichkeit"

72) Hiermit ist Blomeyer auf dem 46. Deutschen Juristen-Tag natürlich nicht unangegriffen geblieben:

a) Wassermeyer (E 16 Bd. II, 46) mit dem Hinweis auf den Widerspruch zur Rechtsprechung und der Unbrauchbarkeit in der Praxis. Zudem fehle ein objektiver Maßstab zur Unterscheidung der Wahrscheinlichkeitsgrade. Insbesondere wendet sich der Angriff gegen die Auffassung, der § 286 ZPO verweise stillschweigend auf Maßstäbe der Wahrscheinlichkeit.

b) ähnlich auch Angriffe von Diederichsen (E 78)

73) Blomeyer, Gutachten S. 17

74) Hainmüller, Anscheinsbeweis S. 29 - 31

75) Blomeyer, Gutachten S. 49

76) Blomeyer, Gutachten S. 16

77) Blomeyer, Gutachten S. 17 ff.: Es folgt hier bei Blomeyer ausschließlich Auseinandersetzung mit Fragen und Ansichten zum Anscheinsbeweis.

hat (bzw. wie sich bei den einzelnen Beweismitteln diese Wahrscheinlichkeit bestimmen läßt) folgt dann jedoch nicht. Im Grunde behandelt Blomeyer im Anscheinsbeweis lediglich einen von der Rechtsprechung entwickelten Sonderfall. Die besonderen Voraussetzungen, die die Rechtsprechung für den Anscheinsbeweis verlangt, machen deutlich, daß für ihn nicht das gleiche Maß von Wahrscheinlichkeit zu fordern ist, wie bei den übrigen Beweismitteln.⁷⁸⁾

Will man also die Frage von Wert und Unwert einer Objektivierung der Überzeugungsbildung und damit die Frage nach der Bedeutung der "Wahrscheinlichkeit" im Rahmen dieser Überzeugungsbildung untersuchen, müssen die Beweismittel, aufgrund derer der Richter seine Überzeugung bildet, und nicht nur der Sonderfall des Anscheinsbeweises darauf untersucht werden, ob und wie sich ein bestimmter Wahrscheinlichkeitsgrad ermitteln und ob sich dessen Wert unter bestimmten Voraussetzungen objektiv begründen läßt. Eine solche Untersuchung fehlt bei Blomeyer.

Auch die Frage nach der "Rückkehr zu gesetzlichen Beweisregeln über die größere und geringere Wahrscheinlichkeit"⁷⁹⁾ sollte erst dann aufgeworfen werden, wenn festgestellt ist, bei welchen Beweismitteln überhaupt ein solcher "objektiver Grad von Wahrscheinlichkeit" ermittelt werden kann⁸⁰⁾, daß man ohne Bedenken an eine Bindung denken könnte. Denn unter Umständen stellt nicht jede Bindung des Richters im Rahmen seiner "freien Beweiswürdigung" einen "Rückschritt" dar.⁷⁹⁾

78) Diederichsen, Vers.R. 66/211 ff.

79) Blomeyer, Gutachten S. 53

80) vergl. unten S. 89 ff.

j) Auffassung Kegels ⁸¹⁾

Kegel geht gegenüber Blomeyer noch weiter. Nach seiner Ansicht sollte man die Überzeugung völlig objektivieren. ⁸²⁾ Auch er macht die Existenz von Erfahrungssätzen zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen. Qualitative Unterscheidungen nach Art der Erfahrungssätze hält er jedoch für überflüssig. Er verwendet lediglich den Begriff "Erfahrungssatz" und sagt, entscheidend sei, wie häufig eine Tatsache mit einer anderen verknüpft ist: "immer, meist, oft, manchmal, nie". ⁸³⁾ Für Kegel steht im Vordergrund der Begriff der "überwiegenden Wahrscheinlichkeit". So sagt er: "Die überwiegende Wahrscheinlichkeit ist das Beste, was wir haben können. Zwar wünschen wir größtmögliche Wahrscheinlichkeit. Aber wenn wir sie nicht erreichen können, ist es immer noch gerechter, nach dem Wahrscheinlichen zu entscheiden, als nach dem Unwahrscheinlichen." ⁸⁴⁾ So ist auch sein Verhältnis zum Anscheinsbeweis zu verstehen. Man erreicht mit dem Anscheinsbeweis keine Gewißheit, sondern immer nur Wahrscheinlichkeit. Der Grad kann schwanken. Aber überwiegende Wahrscheinlichkeit reicht aus. ⁸⁵⁾ Da er damit die Grundsätze des Anscheinsbeweises auf den jeweiligen Einzelfall übertragen will, kommt er zu seinem Begriff des "Individualanscheinsbeweises". Er geht davon aus, daß auch das scheinbar Individuelle in Wirklichkeit nur typisch ist. ⁸⁶⁾ Letztlich stellt er die Frage: "Wie kommt es, daß einmal überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt (Anscheins- und sein Individualanscheinsbeweis), das andere Mal sehr hohe Wahrscheinlichkeit nötig sein soll (Vollbeweis)?

81) Kegel, Der Individualanscheinsbeweis in Festschrift für Kronstein, S. 322 ff.

82) Kegel, a. a. O. S. 334

83) Kegel, a. a. O. S. 323

84) Kegel, a. a. O. S. 335

85) Kegel, a. a. O. S. 334

86) Kegel, a. a. O. S. 328

Seine Antwort: es gibt nur einen Beweis, die überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt immer.⁸⁷⁾

Interessanterweise geht Kegel auf die Frage der Bestimmung der Wahrscheinlichkeit nur recht kurz ein. Eine tatsächliche Feststellung liefert nach seiner Ansicht oft, wenn nicht sogar meist, keine genauen Wahrscheinlichkeitsgrade⁸⁸⁾. Dies läßt sich aber nicht mit der Forderung nach einer Objektivierung der Überzeugung vereinbaren. Man kann nicht eine Objektivierung verlangen und zugleich sagen, daß der dazu an die Hand gegebene Maßstab notwendig ungenau sei. Es müßten zumindest solche Fälle angegeben werden können, bei denen auf jeden Fall eine überwiegende Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist.

Zwar scheint die Auffassung Kegels auf den ersten Blick überzeugend, jedoch nur, weil er immer wieder nur seinen Begriff der überwiegenden Wahrscheinlichkeit verwendet, ohne näher darauf einzugehen, daß diese Wahrscheinlichkeit an der unterschiedlichen Bewertung von Erfahrungssätzen zu messen ist.

Wenn Kegel auch sagt, entscheidend sei, wie häufig eine Tatsache mit einer anderen verknüpft ist, gibt das noch keine tragfähige Grundlage für die Beurteilung eines bestimmten Grades von Wahrscheinlichkeit. Denn Grundlage für die Beurteilung eines bestimmten Grades von Wahrscheinlichkeit kann nur ein Erfahrungssatz sein, dessen Tragfähigkeit sich allein aus der Art seines Zustandekommens ergibt.

87) Kegel, a. a. O. S. 343, damit kommt er natürlich zu einer einfachen und klaren Erklärung des Anscheinsbeweises.

88) Kegel, a. a. O. S. 339

Kegel geht -wie auch Blomeyer-⁸⁹⁾ von der Problematik des Anscheinsbeweises aus, um dann die Frage der Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für das Beweisrecht zu behandeln. Hierzu wird auf die schon bei der Auffassung Blomeyers hieran angebrachte Kritik verwiesen.⁹⁰⁾

Anlaß zur Kritik gibt Kegels Auffassung darüber hinaus auch deshalb, weil allein mit dem Abstellen auf eine "überwiegende Wahrscheinlichkeit" nichts gewonnen ist. Das eigentliche Problem der Bestimmung der Wahrscheinlichkeit ist damit nicht gelöst. Kegel gibt auch für die Bestimmung der von ihm als ausreichend angesehenen überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht an, wie diese verläßlich bestimmt werden soll. Eine Objektivierung, wie er sie verlangt,⁹¹⁾ läßt sich dabei nicht mit einer "Schätzung"⁹²⁾ des Wahrscheinlichkeitsgrades vereinbaren, zumal er diese Schätzung gerade da vorschlägt, wo im Grenzbereich Schwierigkeiten der Wahrscheinlichkeitsbestimmung auftreten.⁹²⁾ Eine wirkliche Objektivierung kann hiermit keinesfalls erreicht werden. Jede Schätzung, die ja schon begrifflich eine gewisse Unsicherheit der tatsächlichen Verhältnisse voraussetzt, führt letztlich zu einer rein subjektiven Entscheidung. Die so weit gehende Zulassung der "Schätzung" öffnet der Möglichkeit Tür und Tor, auf "Grund von mehr oder weniger vagen Vorstellungen über Wahrscheinlichkeit etwas als bewiesen anzusehen, was eigentlich nicht als bewiesen angesehen werden dürfte."⁹³⁾ Denn die Notwendigkeit wirklich kritischer Prüfung erübrigt sich ja wegen der Zulässigkeit der einfacheren Schätzung.

89) vergl. oben Fn. 77

90) vergl. oben S. 26

91) Kegel, a. a. O. S. 334

92) Kegel, a. a. O. S. 344

93) Hierauf weist mit Recht Döring, Erforschung S. 447 hin.

k) Auffassung Musielaks

Mit der Frage, welchen Einfluß die Wahrscheinlichkeit auf die richterliche Überzeugungsbildung hat, hat sich in neuester Zeit auch Musielak⁹⁴⁾ befaßt. Er sieht hierin ein generelles Problem, eine Beschränkung auf den Anscheinsbeweis komme dabei nicht infrage.⁹⁵⁾ Er wendet sich dagegen, daß die Entscheidung der Tatfrage nur aufgrund eines rein subjektiven Vorganges zu treffen sei, bei dem es ausschließlich auf die höchstpersönliche Einstellung des Richters ankommt. Nach seiner Auffassung soll als Korrektiv der richterlichen Überzeugung von der Wahrheit eine durch objektiv meßbare Gründe erzeugte Wahrscheinlichkeit gegenübergestellt werden.⁹⁵⁾ Er lehnt die uneingeschränkte Subjektivität mit dem Hinweis ab, daß die Willkür des einzelnen Richters darüber entscheide, welche Folgerungen aus der konkreten Wahrscheinlichkeit zu ziehen wäre. Dies würde zu unhaltbaren Ergebnissen führen.⁹⁵⁾ Die Rechtsprechung wie auch im wesentlichen die dargestellten Auffassungen in der Literatur gehen zwar von einer Berücksichtigung eines bestimmten Grades von Wahrscheinlichkeit aus, über die Frage des Grades entscheidet nach diesen Auffassungen dann aber der Richter in seiner freien, rein subjektiven Überzeugung. Musielak strebt demgegenüber eine andere Lösung an.⁹⁶⁾ Übereinstimmung besteht insoweit, als der Richter auch bei Musielak ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln und nur seinem Gewissen unterworfen seine Entscheidung zu treffen hat, ob die zum Beweis erforderliche Wahrscheinlichkeit erreicht ist. Das Maß der Wahrscheinlichkeit will er jedoch entgegen diesen Auffassungen als objektive Größe vorgeben.⁹⁷⁾

94) Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß

95) Musielak, a. a. O. S. 107

96) Anders nur Blomeyer, der eine insgesamt Berücksichtigung eines objektiven Maßstabes vorschlägt.

97) Musielak, a. a. O. S. 110

Auf die Frage der Feststellbarkeit von Wahrscheinlichkeitsgraden eingehend, räumt er ein, daß zumeist nur Werte "mit groben Abstufungen" erreicht werden können.⁹⁸⁾ Es soll dann, wenn ausreichende Mittel zur Feststellung eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrades nicht zur Verfügung stehen, wieder die subjektive Auffassung des Richters den Ausschlag geben. Allerdings soll dies nicht bei jeder Ungenauigkeit der Fall sein. Dem Richter sollen auch Schätzwerte von Wahrscheinlichkeit als objektive Richtpunkte für die Entscheidung der Tatfrage dienen.⁹⁹⁾ Er begründet seine Auffassung damit, daß zwar Schätzungen von Wahrscheinlichkeiten ungenauer als mit wissenschaftlicher Genauigkeit ermittelte mathematische Zahlen seien. Diese Unzulänglichkeit sei jedoch einer völlig unkontrollierbaren Ermessensentscheidung auf jeden Fall vorzuziehen.¹⁰⁰⁾

Die von Musielak vertretene Auffassung führt die Frage der Berücksichtigung von Wahrscheinlichkeit bei der richterlichen Überzeugungsbildung sicherlich weiter, denn er erkennt die Problematik, daß vielfach nur Schätzwerte für den Grad der Wahrscheinlichkeit zu erreichen sein werden, und bietet für diesen Fall eine Lösung an.¹⁰¹⁾

Allerdings scheint seine weitgehende Differenzierung noch nicht ausreichend. Als richtiger Ansatzpunkt kann aber sicherlich die Lösung für den Fall mangelnder Feststellbarkeit eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrades angesehen werden. Der Rückgriff auf die letztlich wieder ausschlaggebende Auffassung des Richters ist dort notwendig.

98) Musielak, a. a. O. S. 113

99) Musielak, a. a. O. S. 114

100) hier im Unterschied zu Kegel "Schätzung" klarer umgrenzt.
vergl. Kegel a. a. O. S. 344

101) hier im Unterschied zu Kegel "Schätzung" klarer umschrieben.
vergl. Kegel a. a. O. S. 334

Allerdings muß bei der Frage der Feststellbarkeit eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrades wesentlich auch auf die Art der Erbringung des Beweises abgestellt werden. Es müßte also auf die einzelnen Beweismittel abgestellt werden, die dem Richter zur Tatsachenermittlung zur Verfügung stehen. Denn es ist ohne weiteres einsichtig, daß sich der Grad der Wahrscheinlichkeit nicht nach den selben Kriterien bestimmen läßt und die Verlässlichkeit eines ermittelten Wahrscheinlichkeitsgrades anders zu bestimmen sein wird, wenn der Nachweis einer streitigen Tatsache durch Augenschein, Zeugen oder Indizien erfolgt.

Welche erheblichen Unterschiede sich hier ergeben können, zeigt bereits eine kurze Betrachtung des Indizienbeweises. Auch in diesem Fall ist ein bestimmter Wahrscheinlichkeitsgrad im Rahmen des § 286 ZPO zu ermitteln und dann zu berücksichtigen. Dieser bezieht sich jedoch zunächst nur auf die als Indiz zu verwertende Tatsache. ¹⁰²⁾

Erst wenn man auf diesem Wege - über die Annahme des Vorliegens eines ausreichenden Grades von Wahrscheinlichkeit für die Indiztatsache - das Vorliegen verschiedener Indizien angenommen werden konnte, ist es möglich - und zwar in einem weiteren Vorgang des Überzeugungsbildungsprozesses - auf die eigentlich zu beweisende Tatsache zu schließen.

Es kann von einer Indiztatsache auf die zu beweisende Tatsache wiederum nur mit einer graduell unterschiedlichen Wahrscheinlichkeit geschlossen werden. Dabei ist jedoch fraglich, ob einem sehr hohen Grad von Wahrscheinlichkeit die gleiche Bedeutung zukommt, wie beim direkten Schluß auf eine Tatsache.

102) vergl. dazu näher noch unten S. 143 ff.

Für die Beantwortung dieser Frage sind die nachfolgenden Überlegungen in Rechnung zu stellen. Im Falle des Indizienbeweises muß zweimal mittels Wahrscheinlichkeit auf das Vorliegen der letztlich zu beweisenden Tatsache geschlossen werden; und zwar einmal zur Feststellung der Indiztatsache und zum anderen zur Feststellung mit welcher Wahrscheinlichkeit dann auf die zu beweisende Tatsache geschlossen werden kann. Die Verdoppelung der Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit in der Überzeugungsbildung beim Indizienbeweis bis das Vorliegen der zu beweisenden Tatsache angenommen werden kann, bringt es notwendigerweise mit sich, daß eine objektive Beurteilung des tatsächlich für das Vorliegen dieser Tatsache sprechenden Grades von Wahrscheinlichkeit nur mit viel geringerer Sicherheit bestimmt werden kann, als wenn unmittelbar auf das Vorliegen einer Tatsache geschlossen werden kann. Es ist klar, daß in diesen Fällen auch die "Schätzungen von Wahrscheinlichkeit" wesentlich weniger tragfähig sind. Die Bedeutung als "objektive Richtpunkte" ist dementsprechend ebenfalls geringer. Wegen der im Bereich des Indizienbeweises sehr viel größeren Ungenauigkeit der Ermittlung einer für die festzustellende Tatsache sprechenden Wahrscheinlichkeit wird hier weitestgehend die subjektive Beurteilung des Richters von entscheidender Bedeutung sein.¹⁰³⁾

Natürlich sind auch hier Ausnahmen denkbar, eben dann, wenn der Indizienbeweis dem Vollbeweis sehr nahe steht, wie etwa, wenn die Indiztatsache feststeht und es lediglich auf den Schluß auf die zu beweisende Tatsache noch ankommt. Besteht für diesen noch zu ziehenden Schluß eine hohe Wahrscheinlichkeit, so ist diese natürlich wieder als objektive Größe zu berücksichtigen, und zwar deswegen, weil keine doppelte, sondern ledig-

103) Vergl. so auch im Zeugenbeweis unten S. 97 ff., 105, 106

lich eine einfache Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit bei der Überzeugungsbildung vorliegt. Hier zeigt sich, daß einmal der Vorgang der Überzeugungsbildung zu berücksichtigen sein wird, wenn man den Grad oder die Tragfähigkeit von Wahrscheinlichkeit für eine richterliche Entscheidung feststellen will. Zum anderen zeigt sich, daß nur die Umstände des Einzelfalles letztlich die Frage beantworten können, ob eine Berücksichtigung zu erfolgen hat. Ein wesentliches Kriterium ist jedenfalls, ob mittels Wahrscheinlichkeit ein unmittelbarer Schluß auf die zu beweisende Tatsache erfolgen kann. Schon diese Überlegungen zeigen, daß sich erst bei einer Untersuchung der einzelnen dem Richter zur Verfügung stehenden Beweismittel erweisen wird, ob für diese allgemeingültig eine Möglichkeit gefunden werden kann, nach objektiven Maßstäben Grade von Wahrscheinlichkeit bei der Beweiswürdigung festzustellen, oder ob diese Frage der Objektivierung nicht vielmehr auf einzelne Beweismittel beschränkt werden muß. Diese Seite des Problems behandelt Musielak nicht.

1) Ansicht Schreibers

Nur terminologisch anders faßt Schreiber das Problem, wenn er sagt, er wolle "Regeln für die Beweiswürdigung" ¹⁰⁴⁾ ermitteln.

Er kritisiert bei dem Verfahren der freien Beweiswürdigung, daß letztlich das "Evidenzgefühl des Richters" ¹⁰⁵⁾ über die Annahme der Wahrheit einer Behauptung entscheide und setzt dem entgegen, daß sich ein "empiristisches Wahrheitskriterium" ¹⁰⁶⁾ als wesentlich fruchtbarer erweise. Er bringt damit nichts anderes zum Ausdruck, als daß auch er letztenendes eine Objektivierung im Rahmen der Überzeugungsbildung für notwendig hält. Auf der Grundlage dieses empiristischen Wahrheitskriterium entwickelt er seine "Theorie des Beweiswertes". ¹⁰⁷⁾

Für ihn spielt dabei die Wahrscheinlichkeit eine ganz entscheidende Rolle. ¹⁰⁸⁾

Schreiber formuliert: ¹⁰⁸⁾

" Die Rechtsordnung läßt sich demnach dahingehend fortbilden, daß man die Voraussetzungen, unter denen eine Rechtsfolge eintreten soll, genauer angibt, indem man die Anforderungen an die Beweiserhebung nicht nur mit einem Merkmal umreißt, sondern auch den Grad der Feststellung dieses Merkmals angibt. "

Daraus ergibt sich dann für ihn als der Beweiswert eines Beweismittels die Wahrscheinlichkeit der Wahrheit einer Aussage. ¹⁰⁹⁾

104) Rupert Schreiber, Theorie des Beweiswerts für Beweismittel im Zivilprozeß 1968, dort S. 3

105) Schreiber, a. a. O. S. 5

106) Schreiber, a. a. O. S. 7

107) Für die Wahrheitsfindung unterscheidet er dabei zwischen Feststellung nach Kausalgesetzen und "Wahrscheinlichkeitsgesetzen", vergl. a. a. O. S. 9 ff. und 13 ff.

108) Schreiber, a. a. O. S. 16

109) Schreiber, a. a. O. S. 20 und 40

Mit dieser Definition ist allerdings allein nichts gewonnen. Denn auch von diesem Ausgangspunkt erlangt die "Wahrscheinlichkeit der Wahrheit" erst Aussagekraft, wenn ein meßbarer Grad von Wahrscheinlichkeit zugrundegelegt werden kann. Dies verkennt allerdings auch Schreiber nicht. Er unternimmt den Versuch, den Beweiswert einzelner Beweismittel ¹¹⁰⁾ zu ermitteln. Allerdings beschränkt er sich auf eine Untersuchung beim Zeugenbeweis, wobei er davon ausgeht, daß eine für den Zeugenbeweis entwickelte Definition auf beliebige andere Beweismittel angewandt werden könne. ¹¹¹⁾

Er reduziert das Problem der Wahrscheinlichkeit auf die Glaubwürdigkeit und kommt zu dem Ergebnis, daß diese sich in einem numerischen Begriff der Wahrscheinlichkeit darstellen lasse. ¹¹²⁾ Seiner Begründung legt er allerdings einen Sonderfall zugrunde. Er nimmt an, daß die Wahrheit einer Zeugenaussage "intersubjektiv nachprüfbar" sei. ¹¹³⁾ Hier geht er von der außergewöhnlichen Situation aus, daß die Richtigkeit der Aussage durch Augenschein als wahr bestätigt werden kann. Dabei verkennt er, daß in einem solchen Fall das Gericht dann sowieso seine Überzeugung allein auf einen eingenommenen Augenschein gestützt hätte, statt sich auf Zeugenaussagen als Beweismittel zu verlassen, die allgemein als unsicherste Beweisart angesehen werden. ¹¹⁴⁾

Die Möglichkeit zur Einnahme des Augenscheins ist ihm dabei durch die ZPO unabhängig von Parteianträgen gegeben. ¹¹⁵⁾

110) Schreiber, a. a. O. S. 16

111) Schreiber, a. a. O. S. 17

112) Schreiber, a. a. O. S. 19

113) vergl. Fn. 112)

114) vergl. etwa: Baumbach-Lauterbach 1 C vor § 373 ZPO
Nagel, Grundzüge des Beweisrechts S. 238

115) § 144 ZPO

Erst in Fällen, in denen der Richter auf Zeugenaussagen allein angewiesen ist, gewinnt ein bestimmter Beweiswert einer Aussage wirkliche Bedeutung. In diesem Fall läßt sich von dem Ausgangspunkt Schreibers aber gerade kein Beweiswert bestimmen, da dann der Vergleich mit dem Augenscheinsergebnis nicht möglich ist. Die wirklich interessierenden Fälle löst Schreiber also nicht. Auch die rechnerischen Grundlagen, die zu einer Maßeinteilung führen sollen, überzeugen bei Schreiber nicht.¹¹⁶⁾ Er nimmt an, daß zwei Aussagen, die für sich genommen nicht überzeugen können, also sowohl falsch als auch richtig sein können, jede für sich 50 % Glaubwürdigkeit begründen. Aus der reinen Addition mehrerer indifferenter Aussagen darf aber keinesfalls der Schluß gezogen werden, daß eine gewisse inhaltliche Übereinstimmung (worauf diese auch immer basieren mag, etwa auf Absprache oder Hörensagen) den Richter verpflichtet, von einer 100 %igen Glaubwürdigkeit des bzw. der Zeugen auszugehen.

Eine Auseinandersetzung mit den anderen gesetzlichen Beweismitteln vermißt man bei Schreiber. Der bei ihm zu findende Hinweis, diese für den Zeugenbeweis entwickelte "Beweiswertbestimmung" lasse sich auch auf die anderen Beweismittel übertragen¹¹⁷⁾, ist unzureichend, da er in keiner Weise den Besonderheiten der anderen Beweismittel gerecht wird. Insbesondere bleibt unberücksichtigt, daß der Vorgang der Überzeugungsbildung bei der Verwertung verschiedener Beweismittel nicht völlig gleich beurteilt werden kann.

116) Schreiber, a. a. O. S. 24

117) Schreiber, a. a. O. S. 24

Hierauf wird unten noch im einzelnen eingegangen werden. ¹¹⁸⁾

m) Auffassung Weitnauers ¹¹⁹⁾

Eine Sonderstellung unter den Autoren, die sich mit der Frage der Berücksichtigung von Wahrscheinlichkeit für die Überzeugungsbildung befassen, nimmt Weitnauer ein.

So geht er davon aus, daß die Denkkategorien der Wahrscheinlichkeit zum alltäglichen Handwerkszeug gehören, wobei man sich unter Juristen nur wenig Gedanken darüber mache, was es denn nun eigentlich mit der Wahrscheinlichkeit auf sich habe. ¹²⁰⁾ Für ihn stellt sich nicht die Frage der Berücksichtigung eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrades im Rahmen der Überzeugungsbildung. Er fragt nach der Verwertbarkeit der Wahrscheinlichkeitstheorie und insbesondere, welche Ergebnisse sich im Zivilrecht mit Wahrscheinlichkeitsaussagen erzielen lassen. ¹²¹⁾

118) Auf Massen, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, 1975, der sich in allerneuester Zeit ebenfalls mit diesen Fragen -insbesondere rechtsvergleichend mit dem anglo-amerikanischen Recht- beschäftigt hat, wird unten S. 60 ff. in anderem Zusammenhang gesondert noch ausführlicher eingegangen. Dabei darf an dieser Stelle schon der Hinweis angebracht werden, daß auch er für die Bestimmung eines bestimmten Beweismaßes nicht ausreichend die sich für die verschiedenen Beweismittel ergebenden Unterschiede berücksichtigt.

119) Weitnauer, Karlsruher Forum 1966

120) Weitnauer, a. a. O. S. 3

121) Weitnauer, a. a. O. S. 10 ff.

Sein Verdienst liegt im wesentlichen darin, Fälle aufgezeigt zu haben, in denen für die juristische Beurteilung von Tatsachen mittels objektiver Wahrscheinlichkeitstheorie bestimmte Ergebnisse erreicht werden können. 121)

2. Würdigung der Entwicklung der dargestellten Literatur

Wie unterschiedlich die in der Literatur vertretenen Ansichten zunächst auch scheinen, es läßt sich doch eine kontinuierliche historische Entwicklung von so sicherlich extremen Ansichten wie der Scanzonis bis zu den Auffassungen Blomeyers und Musielaks erkennen.

Spricht Scanzoni noch von "Durchdrungenheit, tief innerster Erfülltheit" als Überzeugung von der Wahrheit, gehen die anderen Autoren von einer derartigen Überbetonung der Subjektivität der Überzeugungsbildung mit der Zeit ab. Die Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die Überzeugungsbildung wird erkannt. Jedoch bleibt dabei die Art der Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit unterschiedlich.

So wollen Heinsheimer und auch Kuchinke dem Richter die Berücksichtigung eines an objektiven Merkmalen bestimmten Grades von Wahrscheinlichkeit gestatten. Sie sehen hierin jedoch nur eine dem Richter gegebene Möglichkeit. Eine Verpflichtung, sich hieran auszurichten, wollen sie nicht anerkennen.

Diesen letzten Schritt geht erst Blomeyer, der eine Bindung an einen durch Wahrscheinlichkeit bestimmten objektiven Maßstab annimmt. Musielak folgt dieser Ansicht grundsätzlich, wobei er jedoch eine differenzierte Betrachtungsweise als notwendig ansieht.

Historisch läßt sich diese Entwicklung wohl verstehen.

Die Formalismen der legalen Beweistheorie hatten zu einer vollständigen Bedeutungslosigkeit der Überzeugung des entscheidenden Richters geführt.¹²²⁾ Denn nur die Erfüllung gewisser Formen, nicht die richterliche Überzeugung, konnten zu einer Feststellung einer Behauptung als wahr führen.¹²³⁾ Die Aufhebung der Bindungen des legalen Beweissystems brachte erst die Reichsgesetzgebung mit dem Inkrafttreten der C.P.O. So traten diese formalen Beweisvorschriften erst 1879 außer Kraft.¹²⁴⁾ Die Befreiung von dem "Korsett der Legalbeweise" durch die C.P.O. führten natürlicherweise zunächst zu einer Überbetonung der nunmehr erlangten "Freiheit der Überzeugungsbildung" in subjektiver Richtung.¹²⁵⁾ Erst allmählich wird dann in der Literatur erkannt, daß diese subjektive Freiheit nicht grenzenlos ist. Allerdings ist zunächst keiner bereit, den Richter nun neuerlich mit bestimmten Richtlinien bei der Beweiswürdigung einzuengen.

Erst die starke Zunahme der Bedeutung von Sachverständigenfragen und Gutachten, wie auch die Grundsätze des Anscheinsbeweises lassen berechtigterweise Zweifel daran entstehen, ob es wirklich in jedem Falle der freien richterlichen Überzeugung überlassen bleiben kann, ob eine Tatsache als festgestellt anzusehen ist oder nicht. In der alltäglichen Praxis der Gerichte ist ohnehin durch die zunehmende Bedeutung der Sach-

122) Stein, Privates Wissen S. 32

123) J.M. Planck, Bemerkungen über den Entwurf einer Zivilprozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern in Krit.-Viertelj.-Schriften 4 (1862) S. 251

124) Das Außerkrafttreten dieser starren Regeln war ausdrücklich in § 14 II Nr. 3 EGZPO geregelt (Es heißt dort, es treten insbesondere die Vorschriften außer Kraft, "nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Tatsache als mehr oder minder wahrscheinlich anzunehmen ist". § 14 EGZPO)

125) Vergl. hierzu auch Begründung des Entwurfs einer Deutschen Civilprozeßordnung und des Einführungsgesetzes 1872, dort § 244 S. 263

verständigen eine freiwillige Einengung der "freien" Beweiswürdigung eingetreten. Diese Einengung dürfte in der Praxis allerdings kaum als solche empfunden werden. Der Richter ist bei manchen fachlichen Fragen durchaus froh, von der Entscheidung dieser Fachfragen durch ein Gutachten entbunden zu sein. Es erscheint daher angebracht zu fragen, ob nicht Tatsachen, die mit einem bestimmten Grade von Wahrscheinlichkeit festgestellt werden können - wobei der zu verwendende Maßstab seinerseits weitgehend objektive Merkmale aufweist - auch vom Richter entgegen ihm noch verbleibender Zweifel festgestellt werden müssen. Unter diesem Gesichtspunkt zeigt die Entwicklung der Ansichten in der Literatur von Scanzoni bis Blomeyer das Bestreben, einen Weg zu finden, der einerseits den Richter in seiner Überzeugungsbildung völlig zu Recht in ausreichendem Maße freistellen soll, ihn andererseits aber nicht so freizustellen, daß er sich im Rahmen des § 286 ZPO in jedem Falle auf diese seine "freie Überzeugung" berufen kann.

B. Begriff der Wahrscheinlichkeit

I. Wie kann im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung der Begriff "Wahrscheinlichkeit" verstanden werden?

Die Beantwortung der Frage nach dem Begriff der "Wahrscheinlichkeit" im Rahmen freier richterlicher Beweiswürdigung setzt zunächst die Klärung des Begriffes der "Wahrscheinlichkeit" an sich voraus. Nur wenn Klarheit über Verständnis und Sinngehalt des Begriffes "Wahrscheinlichkeit" besteht, ist es möglich, die obige Fragestellung sinnvoll zu beantworten. Dies ist darin begründet, daß in keiner Weise

von einer einheitlichen Begriffsbedeutung gesprochen werden kann. Bis auf Weitnauer¹²⁶⁾ lassen sämtliche Autoren eine solche Klärung der Begriffsbedeutung beiseite, obwohl die Wahrscheinlichkeit und eine entsprechende graduelle Einteilung der Wahrscheinlichkeit für die von ihnen vertretenen Auffassungen von erheblicher Bedeutung ist.

Eine Auseinandersetzung mit dem Begriff an sich ist durchaus notwendig, da die Erklärungen, was unter Wahrscheinlichkeit zu verstehen ist, sehr vielfältig sein können.

" Das Urtheil welches wir aus wahrscheinlichen Gründen fällen, liegt entweder in der Natur der Dinge selbst und in den allgemeinen Verhältnissen derselben, oder in unserer individuellen Vorstellungsart: Jene nennet man die objektive, diese die subjektive Wahrscheinlichkeit, welche, so wie der Mensch selbst, nur selten von Fehlern und Verwirrungen frey ist, und deren Vollkommenheit darin besteht, sich der allgemeinen Richtschnur der objektiven Wahrscheinlichkeit möglichst zu nähern.

Der Beweis durch Wahrscheinlichkeit beruhet lediglich auf einem Erfahrungsurtheil, welches den Gegensatz nicht ganz ausschließt, sondern dem angenommenen Satz nur eine größere Realität beylegt. Es ist also nöthig, die Mittel kennen zu lernen, wodurch wir die größere Realität eines Satzes erfahren und beurtheilen können. Diese Mittel sind an sich sehr einfach: Der weise Schöpfer, der die Natur nach den einfachsten und eben dadurch vollkommensten Gesetzen regiert, hat auch dem Menschen, zur Erkenntnis der Naturerscheinungen und seiner eigenen damit verknüpften freyen

126) Weitnauer, Karlsruher Forum 66/3 ff.

Handlungen, die einfachsten Mittel an die Hand gegeben, wovon der Unwissende ebenso wie der Gelehrte Gebrauch macht, nur mit dem Unterschied, daß jener nicht immer dieselbe Aufmerksamkeit anwendet, und sich mehr durch Leidenschaft übereilen läßt." 127)

Dieses aus dem Jahre 1806 von Globig stammende Zitat zeigt eine Möglichkeit, wie man den Begriff der "Wahrscheinlichkeit" verstehen kann. Eine neuere wesentlich knapper gefaßte Definition der Wahrscheinlichkeit findet sich bei Brockhaus¹²⁸⁾. Hiernach ist Wahrscheinlichkeit beschrieben als "Grad der Möglichkeit noch unverwirklichter Ereignisse".

Beide Formulierungen können jedoch nur Anhaltspunkte geben, ohne den Begriff wirklich festzulegen.

Die Problematik des Begriffes der Wahrscheinlichkeit liegt darin, daß sich verschiedene wissenschaftliche Disziplinen dieses Begriffes bedienen, so sowohl die Philosophie als auch die Mathematik.¹²⁹⁾ Es leuchtet ein, daß sich eine philosophische Auffassung von einer mathematischen wesentlich unterscheiden wird.

127) Globig, Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit
Seite 13/14

128) Brockhaus, Seite 791, Stichwort "Wahrscheinlichkeit"

129) für die phil. Auffassung etwa: Sigwart, Logik II, Seite 270
Windelband, Die Lehren vom Zufall, Seite 32 ff.

Fries, Versuch einer Kritik der Prinzipien der Wahrscheinlichkeit, 1842.

Fick, Philosophischer Versuch über die Wahrscheinlichkeiten
für die mathematische Auffassung etwa:

D. Bernouilli, 1731, Specimen Theoriae novae de mensura sortis
Théorie analytique des probabilités

II. Geschichtliche Entwicklung

Um auf die ersten Auseinandersetzungen mit dem Begriff der Wahrscheinlichkeit in der Neuzeit zu stoßen, muß man bis auf das Jahr 1654 zurückgehen.

Als erste Anfänge der hiermit beginnenden Wahrscheinlichkeitsrechnung werden gewöhnlich die Untersuchungen von Pascal und Fermat betrachtet, die in einem Briefwechsel der beiden Gelehrten enthalten sind.¹³⁰⁾ Sie gehen aus von dem Beispiel, daß zwei Spieler bei einem beliebigen Stand des Spieles Übereinkommen, das Spiel abubrechen. Es wird dann gefragt, welche Teilung "gerecht" ist, d.h. welchen "Wert" der augenblickliche Stand des Spieles für jeden Spieler repräsentiert. Interessanterweise erhielt die Wahrscheinlichkeitsrechnung nur kurze Zeit später einen weiteren Anstoß, der rein praktische Fragen betraf, bei denen die Wahrscheinlichkeitsrechnung helfen sollte. Man suchte nach einem bestimmten und rationalen Maß für den Wert der Leibrenten. Die Frage ging dahin, ob ein bestimmter Mensch noch eine kürzere oder längere Lebensdauer zu erwarten hat. Dabei handelt es sich um ein damals wie heute erhebliches juristisches Problem. Die ersten Versuche einer theoretischen Begründung gehen hier auf John Gaunt¹³¹⁾ (1662) und Jan de Witt¹³²⁾ (1671) zurück.

Somit hat die Wahrscheinlichkeitsrechnung ihren Ausgang von Zufallsspielen und Sterbetabellen genommen.¹³³⁾

130) So von Kries, die Principien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, Seite 266 unter Hinweis auf Todhunter, History of Mathematical Theory of Probability from the Time of Pascal to that of Laplace. Der gleiche Ursprung findet sich auch bei Brockhaus, w.o. S. 792

131) John Gaunt, Natural and political Observations made upon the bills of Mortality (1662)

132) Jan de Witt, De Vardye van de lifrenten (1671)

133) Von Kries, Principien, Seite 268

Eine erste schulmäßige Begründung der Wahrscheinlichkeitstheorie bringt Laplace.¹³⁴⁾ Auch Jac. Bernouilli¹³⁵⁾ gehört zu diesen Begründern der Wahrscheinlichkeitstheorie. Er formuliert, daß die Wahrscheinlichkeitsrechnung die allgemeine Logik des Ungewissen sei. Wenn Bernouilli bei seiner mathematischen Auffassung die subjektive Bedeutung nicht völlig verdrängt, ergibt sich doch aus seiner Art der Messung der Wahrscheinlichkeit, daß durch sich empirisch ergebende Zahlenverhältnisse die Wahrscheinlichkeit letztlich objektiv bestimmt werden kann.

Auf dieser Grundlage wurden in verschiedensten Untersuchungen statistische Werte ermittelt, wobei man herausfand, daß die gefundenen Ergebnisse immer vollständiger und genauer wurden je größer die Zahl der Beobachtungen war. Dies führte natürlicherweise zu einer Stützung objektiv mathematisch begründeter Auffassungen.

Gegen diese rein mathematische Begründung der Wahrscheinlichkeit wenden sich die Philosophen. So tritt der mathematischen Wahrscheinlichkeitsrechnung insbesondere der deutsche Philosoph Fries¹³⁶⁾ entgegen. Fries erkannte und kritisierte, daß die objektive Bestimmung der Wahrscheinlichkeit nur bei gewissen Anwendungen zutrefte, bei anderen jedoch nicht. Dementsprechend unterscheidet er verschiedene Arten von Wahrscheinlichkeit. Er geht davon aus, daß in bestimmten Fällen Wahrscheinlichkeiten nicht meßbar sind. In dieser fehlenden Unterscheidung sieht er den wesentlichen Fehler der objektiven Auffassung insbesondere von Laplace.¹³⁷⁾

134) Laplace, *Théorie analytique des probabilités*, Paris 1914

135) Jac. Bernouilli, *Ars coniectandi*, 1713

136) Fries, *Versuch einer Kritik der Principien der Wahrscheinlichkeitsrechnung* 1842; Interessanterweise wurden ähnliche Bedenken auch von einem Mathematiker, dem Franzosen Cournot angemeldet, in *"Exposition de la Théorie des chads et des probabilités"*, Paris 1843

137) Vergl. Fn. 134

Er prägt auch die Unterscheidung des Begriffes der "Mathematischen" und "Philosophischen" Wahrscheinlichkeit. ¹³⁸⁾

Außer Fries gehören zu den Vertretern eines lediglich subjektiven Charakters der Wahrscheinlichkeitsrechnung noch insbesondere Sigwart ¹³⁹⁾ und Windelband ¹⁴⁰⁾.

Sigwart ist der Auffassung, daß mit der Wahrscheinlichkeit lediglich ein berechtigtes Maß subjektiver Erwartung ausgesprochen werde, das man in Ermangelung genauer Kenntnis hegen dürfe. ¹⁴¹⁾ Noch genauer als Sigwart begründet Windelband seine subjektive Auffassung:

"Die Wahrscheinlichkeit ist keine Eigenschaft des erwarteten Ereignisses, sondern nur ein Verhältnis, nach welchem wir die Stärke unserer Erwartung bestimmen. Ist die Wahrscheinlichkeit nur ein numerisches Verhältnis der Möglichkeiten, so werden alle Bestimmungen der Wahrscheinlichkeitsrechnung auch nur für die Möglichkeit und nicht für die Wirklichkeit Geltung haben; ist die Wahrscheinlichkeit keine Eigenschaft der Facta, sondern ein Grad der Stärke unserer Erwartung derselben, so werden alle Gesetze der Wahrscheinlichkeitsrechnung nicht Gesetze der Tatsachen, sondern nur Gesetze für unsere Erwartung derselben sein." ¹⁴²⁾ ¹⁴³⁾

138) eine Unterscheidung, die heute noch in der objektiven bzw. subjektiven Bestimmung der Wahrscheinlichkeit zu erkennen ist

139) Sigwart, Logik II

140) Windelband, Die Lehren vom Zufall

141) Sigwart, Logik II S. 273

142) Windelband, a. a. O. S. 32

143) ergänzend wäre noch als besondere Spielart der objektiven Auffassung die "Spielraumtheorie" von Kries zu nennen; vergl. hierzu Kries in Principien S. 36 u. 157 ff. und in Logik 1916 S. 595 ff.

III. Heutiger Stand der Meinungen

Dieser - man kann schon sagen Jahrhunderte alte - Streit zwischen Vertretern der subjektiven und der objektiven Auffassung des Begriffes der Wahrscheinlichkeit ist bis heute nicht beigelegt.¹⁴⁴⁾ Man muß auch heute zwischen diesen beiden Arten der Begriffsbestimmung unterscheiden. Dabei liegt der Unterschied in der Art der Maßbestimmung der Wahrscheinlichkeit:

1. Objektive Bestimmung der Wahrscheinlichkeit

Die insbesondere von Mises¹⁴⁵⁾ und Reichenbach¹⁴⁶⁾ entwickelte objektive Bestimmung der Wahrscheinlichkeit läßt Aussagen über den Grad der Wahrscheinlichkeit nur unter ganz bestimmten, objektiv und experimentell nachprüfbaren Bedingungen zu. Diese Theorie wird als "Häufigkeitstheorie" bezeichnet.

Allerdings werden auch bei der als objektive Bestimmung bezeichneten Feststellung der Wahrscheinlichkeit noch Unterschiede gemacht.¹⁴⁷⁾

144) W. Stegmüller, I Einleitung S. XV gibt hierfür als Erklärung den immerwährenden Kampf zwischen Philosophie und den anderen Wissenschaften an. Die Trennung liege in den sauberen Begriffsanalysen und klaren Begründungen einerseits und dem vorsichtigen Abwägen hypothetischer Annahmen andererseits; er spricht von kaum durchschaubarer Vermengung von begrifflichem und mythologischem Denken, von unfundierten spekulativen Wortglaubereien und Sprachträumereien.

145) R. von Mises, Wahrscheinlichkeit, Statistik und Wahrheit, 1928

146) H. Reichenbach, Der Begriff der Wahrscheinlichkeit für die mathematische Darstellung der Wirklichkeit, Leipzig 1916

147) So unterscheidet man zwischen "objektiver a-priori-Bestimmung" und "objektiver a-posteriori-Bestimmung".
Objektive a-priori-Bestimmung:

Es handelt sich hierbei um eine zu enge Bestimmung, die auf die klassische Wahrscheinlichkeitsrechnung zurückgeht, die sich im wesent-

Dabei kann jedoch eine Beschränkung auf die sogenannte "objektive a-posteriori-Bestimmung" erfolgen.

Dieser Begriff umschreibt die weithin übliche - bereits angesprochene - Häufigkeitsinterpretation, die auf St. Mill zurückgeht und von Richard von Mises weiterentwickelt wurde. Die Wahrscheinlichkeit wird durch die relative Häufigkeit des Ereignisses A oder den Grenzwert dieser Häufigkeit bei unendlicher Anzahl von Beobachtungen erklärt (v. Mises'sche Limesdefinition). Diese Definition gibt allerdings keinen Aufschluß über Voraussetzungen und Aussagekraft dieser Theorie.

Es soll daher die Häufigkeitstheorie etwas näher erläutert werden. Die Häufigkeitstheorie geht von einem "gereinigten, rationellen Wahrscheinlichkeitsbegriff" aus. ¹⁴⁷⁾

Von Wahrscheinlichkeit kann nur dann gesprochen werden, wenn es sich bei den zu beurteilenden Vorgängen

a) um Massenerscheinungen oder Wiederholungsvorgänge handelt; Vorgänge also, die unbegrenzt fortgesetzt werden können oder bei denen ein sehr großes Beobachtungsmaterial zur Verfügung steht.

b) Solche Vorgänge sind aber auch dann erst für die Bestimmung der Wahrscheinlichkeit nach dieser rationalen Wahrscheinlichkeitstheorie geeignet, wenn sie selbst weitere Voraussetzungen erfüllen:

147) lichen mit Glücksspielen beschäftigte. Man definierte die Wahrscheinlichkeit als das Verhältnis der für das Ereignis günstigen Fälle, wobei man aber voraussetzte, daß alle möglichen Fälle "gleich möglich" sind. Da mit dieser Annahme schon die Fälle des ungleichen Würfels nicht mehr erfaßt werden können, muß diese Annahme als von vornherein zu eng angesehen werden. Eine Weiterentwicklung dieser klassischen Wahrscheinlichkeitsrechnung erfolgte dann durch den Begriff der logischen Wahrscheinlichkeit.

148) v. Mises, a. a. O. S. 7

- aa) Ihre relative Häufigkeit muß einen Grenzwert haben. Je mehr Versuche also gemacht werden, desto mehr muß ein Grenzwert erreicht werden. (Beispiel: Je mehr Würfe man mit einem gleichmäßigen Würfel macht, desto mehr nähert sich der Wert, eine bestimmte Ziffer zu erreichen, dem Grenzwert von 0,16666)
- bb) Darüberhinaus müssen die beobachteten Vorgänge die Eigenschaft der Regellosigkeit besitzen.
Sobald Vorgänge einer bestimmten Gesetzmäßigkeit folgen, ist eine Bestimmung der Wahrscheinlichkeit nicht mehr möglich.

Liegen die oben beschriebenen Voraussetzungen vor, bezeichnet von Mises diese Wiederholungsvorgänge als "Kollektiv". Das Vorhandensein eines Kollektivs ist damit Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Häufigkeitstheorie.

Unter Wahrscheinlichkeit hat man dann den Wert der relativen Häufigkeit zu verstehen, mit dem das zu beobachtende Merkmal im Verhältnis zur Zahl aller Beobachtungen ("Kollektiv") auftritt. 149)

Von den Vertretern der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie wird jede subjektive Begründung von vornherein abgelehnt.. Sie befürchten, daß eine subjektive Begründung letztlich "zu einem radikalen Subjektivismus und Psychologismus" führe, der dem Wahrscheinlichkeitsbegriff jeden Gehalt nähme, so daß auf dieser Grundlage niemals eine präzise mathematische Theorie errichtet werden könne. 150)

149) als Formel ausgedrückt $W = \frac{m}{n}$

150) R.-Carnap - W. Stegmüller, Induktive Logik und Wahrscheinlichkeit, S. 4. Carnap gibt hier insbesondere die Kritik von v. Mises und Reichenbach an den subjektiven Auffassungen wieder.

Aus der Sicht eines Mathematikers mag dieses Bedenken berechtigt sein. Andererseits sind aber auch die strengen Voraussetzungen der "Häufigkeitstheorie" für denjenigen ohne Wert, der die Wahrscheinlichkeit beliebiger Vorgänge im täglichen Leben zu beurteilen sucht.

2. Subjektive Bestimmung der Wahrscheinlichkeit

Demgegenüber richtet sich die Kritik der subjektiven Auffassungen an den Vertretern der objektiven Auffassungen dagegen, daß jeweils nur eine endliche Zahl von Ereignissen beobachtet werden kann und sich nicht in einem einzigen Fall die Wahrscheinlichkeit mit Genauigkeit bestimmen läßt. ¹⁵¹⁾

- a) Fries formuliert das nicht als Kritik der jeweils anderen Auffassung, sondern unterscheidet hier den Begriff der "mathematischen Wahrscheinlichkeit" von dem der "philosophischen" ¹⁵²⁾:

" Der mathematische Wahrscheinlichkeitsschluß ist ganz anderer Natur. Hier müssen wir eine gewisse Sphäre der Erkenntnis und die allgemeinen Gesetze derselben kennen; allein die Bestimmung der einzelnen Fälle hängt noch von anderen Einwirkungen ab, welche nicht nach einer Regel erfolgen und für welche wir das Gesetz ihres Wechsels nicht kennen. Wir wissen hier, daß uns für das einzelne Ereignis, welches wir im voraus bestimmen wollen, keine feste Regel bekannt ist, suchen aber eine Übersicht aller im Umfang der fraglichen Erkenntnis möglich bleibender Fälle zu bestimmen und daraus eine Behauptung für den einzelnen Fall abzuleiten."

151) Carnap - Stegmüller, a. a. O. S. 4

152) Fries, zitiert nach von Kries, Wahrscheinlichkeitsrechnung 1927 S. 281

Die Vertreter der subjektiven Auffassung bzw. Vertreter des "Philosophischen Wahrscheinlichkeitsbegriffes" sehen ihre Aufgabe anders als die Vertreter des "objektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffes" darin, Wahrscheinlichkeitsaussagen über den einzelnen Fall zu treffen. Sie interessiert also konkret gesagt nicht, ob die Wahrscheinlichkeit mit einem bestimmten Würfel irgendwann einmal eine bestimmte Ziffer zu werfen gleich 0,1573 ist, sondern ob der nächste Wurf zum Beispiel zur Ziffer 4 führt.

Auch Carnap unterscheidet diese beiden Begriffe, sieht hierin jedoch keinen echten Gegensatz, sondern hält eine derartige Unterscheidung für notwendig. Zu Recht weist er darauf hin, daß Argumente und Gegenargumente beider Auffassungen nur die Lösungsvorschläge betreffen.¹⁵³⁾ Zur Beurteilung der Richtigkeit von Lösungsvorschlägen ist aber Voraussetzung, daß man sich einig ist, daß es auch tatsächlich die gleichen Probleme sind, deren Lösung man anstrebt.

Die verschiedenen Wahrscheinlichkeitstheoretiker setzen stillschweigend voraus, daß es den jeweiligen Vertretern der gegnerischen Ansicht um dieselben Probleme und damit um die Klärung derselben Begriffe geht. Hiervon kann man aber nicht ausgehen. Der Begriff der "Wahrscheinlichkeit" läßt sich nicht im Sinne nur der einen oder anderen Auffassung festlegen.

Carnap¹⁵⁴⁾ sieht daher keinen Widerspruch in den beiden Wahrscheinlichkeitsbegriffen, sondern erkennt, daß es sich bei den unterschiedlichen Auffassungen (objektiven/subjektiven) nicht um unvereinbare Antworten auf dasselbe Problem handelt, sondern um einwandfreie Antworten auf verschiedene Probleme.

153) Carnap - Stegmüller, Induktive Logik, S.4/5

154) Carnap - Stegmüller, a. a. O. S. 22

Der Begriff der Wahrscheinlichkeit läßt sich tatsächlich nicht eindeutig festlegen, sondern er bleibt zweideutig.

Damit zeigt sich, daß die objektive und die subjektive Auffassung der Wahrscheinlichkeit keinen unüberbrückbaren Gegensatz darstellen müssen. Was aber unter Wahrscheinlichkeit im subjektiven Sinn zu verstehen ist, ist damit noch nicht erläutert.

b) Es ist daher auf den subjektiv bestimmten Wahrscheinlichkeitsbegriff noch näher einzugehen.

aa) Laplace ¹⁵⁵⁾ erhob noch einen Alleinanspruch für die subjektive Wahrscheinlichkeitsbedeutung als der einzig möglichen. Dieser Alleinanspruch ergibt sich für Laplace ¹⁵⁶⁾ aus folgenden Überlegungen: "Würden wir über ein genaues Wissen verfügen, so wüßten wir auch genau, ob ein bestimmtes Ereignis stattfinden wird oder nicht. Von Wahrscheinlichkeit zu reden, hätte keinen Sinn; denn "in sich selbst" sei das Ereignis sicher und nicht wahrscheinlich." Da wir jedoch über ein derartig umfangreiches Wissen nicht verfügen, ist als die Wahrscheinlichkeit eines Ereignisses der "Grad der Erwartung seines Vorkommens aufgrund gegenwärtig verfügbarer Daten" anzusehen. ¹⁵⁵⁾

bb) Mit demselben Ausschließlichkeitsanspruch wie Laplace vertritt auch De Finetti seine subjektive Auffassung. ¹⁵⁷⁾

155) Laplace, *Théorie analytique des probabilités*, Paris 1814, zitiert nach W. Stegmüller, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie*, IV, Personelle und statistische Wahrscheinlichkeit 1. Halbband 1973, S. 65

156) insoweit ihm folgend auch J. St. Mill, *A System of Logik* 1843, ebenfalls nach Stegmüller a.a.O. S. 65

157) De Finetti, Rezension des Buches von H. Reichenbach, *Wahrscheinlichkeitslehre*, Zentralblatt für Mathematik und ihre Grenzgebiete, Band 10 (1935) S. 364/365.

Er wendet sich dabei gegen die objektiven Auffassungen. Das Sprechen von Versuchsanordnungen, Versuchen vom selben Typ, Unabhängigkeit von Ereignissen, Zufallsfolgen und vor allem von objektiven Wahrscheinlichkeiten ist für ihn nicht mehr als "nebuloses Geschwätz". Er hält die subjektive Deutung für die einzig sinnvolle Interpretation des Wahrscheinlichkeitsbegriffes. Der Glaube an eine mit physikalischen Systemen verknüpfte objektive Wahrscheinlichkeit ist ihm nichts weiter als ein Spezialfall eines metaphysischen Irrglaubens, der auf einer unberechtigten Ontologisierung und Hypostasierung subjektiver Überzeugungs- bzw. Zweifelsgrade beruht. Seine Begriffsbestimmung läßt sich knapp so wiedergeben: "Wahre Wahrscheinlichkeit ist der Grad, in dem eine Person an etwas glaubt." Gelegentlich auch negativ ausgedrückt: "Der Grad, in dem eine Person an etwas zweifelt."
Den Glaubensgrad, mit dem eine Person an ein Ereignis glaubt, definiert er dabei als "den höchsten Wettquotienten, mit dem diese Person auf ein Ereignis zu wetten bereit wäre." 158) 159)

- cc) Auch Keynes geht davon aus, daß die Wahrscheinlichkeit "vom Grad vernünftigen Glaubens" bestimmt werde. Der "Grad des vernünftigen Glaubens" an eine Proposition (einen Satz) gründet sich auf Erfahrungsdaten. 160) 161)

158) vergl. hierzu Stegmüller IV, 2. Halbband, S. 364

159) Stegmüller zum Problem der Subjektivisten in Stegmüller IV, 1. Halbband, Personelle und statistische Wahrscheinlichkeit, S. 66:

"Dilemma der subjektiven Theorie: Auf der Grundlage der subjektiven Interpretation sind wir nicht mehr imstande, zwischen derjenigen Form von subjektiver Ungewißheit zu unterscheiden, die auf mangelndes Wissen oder mangelnde Information zurückzuführen ist und derjenigen Form von Ungewißheit, die durch kein denkbare Wachstum an Erkenntnis beseitigt werden kann."

160) John Maynard Keynes, Über Wahrscheinlichkeit (1926) S. 14 ff.

161) der subjektiven Auffassung folgt auch L.J. Savage, The Foundations of Statistics 1954

- c) Die hier wiedergegebenen Begriffsbestimmungen der Wahrscheinlichkeit im subjektiven Sinne machen zunächst nur den Gegensatz im Verständnis der Wahrscheinlichkeit gegenüber den Vertretern der objektiven Richtung deutlich, lassen aber noch nicht erkennen, wovon der Grad der Wahrscheinlichkeit nach den subjektiven Auffassungen im Einzelfall abhängt.

Dabei ist klar, daß die Vertreter der subjektiven Auffassung, insoweit auch "Personalisten" ¹⁶²⁾ genannt, ihre Wahrscheinlichkeitsaussage stets an dem Grad messen, in dem eine bestimmte Person an das Eintreffen eines bestimmten Ereignisses glaubt. ¹⁶³⁾

Dem kann man natürlich entgegenhalten, daß eine solche Wahrscheinlichkeitsaussage zwar für die einzelne Person von Bedeutung sein mag, daß sie aber nicht für eine allgemeine Aussage über den Wahrscheinlichkeitsgrad Gültigkeit beanspruchen kann.

Die Frage ist daher, ob unter bestimmten Umständen auch diese subjektive Wahrscheinlichkeit meßbar werden kann. ¹⁶⁴⁾ Interessant wäre also festzustellen, ob im Rahmen der subjektiven Theorie von "objektiven Wahrscheinlichkeiten" gesprochen werden kann.

Eine solche Feststellung könnte man treffen, wenn der Wahrscheinlichkeitsgrad unabhängig von der Person ist oder die einzelnen Personen vertauschbar wären, also praktisch jeder auf das Eintreffen eines bestimmten Ereignisses "wetten" würde.

Eine derartige "Unabhängigkeit" oder "Vertauschbarkeit" von Personen läßt sich erreichen, da vernünftige Personen aufgrund von Erfahrungen

162) Stegmüller, IV, 1. Halbband, S. 66

163) vergl. Hinweis auf De Finetti bei Stegmüller, IV, 2. Halbband S. 226

164) ablehnend J. v. Kries, Principien der Wahrscheinlichkeitsrechnung 1927, S. 3

ihre vorgefaßten Meinungen rasch berichtigen, so daß Einklang mit einer allgemeinen Erfahrung erreicht wird. ¹⁶⁵⁾ Hinzu kommt als weitere Tatsache, daß Gruppen von vernünftigen Menschen aufgrund gemeinsamer Erfahrung selbst dann zu denselben oder doch sehr ähnlichen Auffassungen gelangen, wenn ihre subjektiven Meinungen vor dem Sammeln von Erfahrungen weit auseinandergehen. ¹⁶⁵⁾ ¹⁶⁶⁾

"Objektivität" nach der subjektiven Auffassung der Wahrscheinlichkeit besteht also nicht darin, daß man den Wert einer unbekannten Größe richtig errät. Sie besteht vielmehr in der Herstellung intersubjektiver Übereinstimmung kraft gemeinsamer Erfahrungen.

Stegmüller drückt dies so aus ¹⁶⁷⁾: "Das Prinzip des Lernens aus Erfahrung bewirkt, daß die vielen personellen Wahrscheinlichkeiten mit ihren voneinander abweichenden Apriori-Ansätzen mit wachsender empirischer Information mehr und mehr ähnlich werden und gegen ein und dieselbe interpersonelle Wahrscheinlichkeit konvergieren." ¹⁶⁸⁾

Welcher Grad von Wahrscheinlichkeit auch nach der subjektiven Auffassung im Einzelfall erreicht wird, wird also entscheidend davon beeinflusst, als wie stark eine bestimmte allgemeine Erfahrung anzusehen ist. Maßstab ist damit letztendes die Verlässlichkeit oder Allgemeingültigkeit einer bestimmten Erfahrung bzw. eines Erfahrungssatzes.

¹⁶⁵⁾ Stegmüller, IV. 2. Halbband, S. 231

¹⁶⁶⁾ Vergl. hierzu auch Stegmüller, a. a. O. S. 225:
Den Ausgangspunkt bildet in allen Fällen die vorwissenschaftliche Verwendung von Wahrscheinlichkeitsaussagen, und zwar in komparativen Vergleichsfeststellungen von der Art: Es ist (für mich) mindestens ebenso wahrscheinlich, daß es morgen regnen wird, als daß das Wetter schön bleiben wird. Der Wahrscheinlichkeitsgrad, den eine Person einem Ergebnis beimißt, läßt sich dadurch ermitteln, daß man die Bedingungen untersucht, unter denen eine Person bereit wäre, auf dieses Ergebnis zu wetten.
(Diese Bereitschaft wächst natürlicherweise mit der Erfahrung und der Kenntnis von der Metereologie.)

¹⁶⁷⁾ Stegmüller, IV, 2. Halbband, S. 231

¹⁶⁸⁾ Stegmüller, IV, 1. Halbband, S. 401 führt hier aus: Von einer rationalen Person werden wir verlangen müssen, daß sie aus Erfahrung lernt. Gemeint ist also nicht der tatsächliche Glaube an X, sondern der rationale (vernünftige) Glaube an X., so S. 395

Zu der Frage, inwieweit ein Wahrscheinlichkeitsverhältnis zahlenmäßig bestimmbar ist, führt Keynes aus, "daß eine solche zahlenmäßige Messung nur in verhältnismäßig wenigen Fällen möglich ist, da eine Information nötig ist, nach der ein Urteil über die Gleichmöglichkeit durch Anwendung des Indifferenzprinzipes möglich ist, je vollständiger die vorhandene Information ist, desto seltener wird sie bezüglich der verschiedenen Möglichkeiten symmetrisch sein, und desto häufiger wird sie eine belangvolle Information enthalten, die eine der Möglichkeiten begünstigt." 169) Keynes kommt dabei zu Recht zu der Aussage, daß sowohl völlig gleiche Wahrscheinlichkeit als auch zahlenmäßige Messungen selten sind.

Trotzdem sieht er eine Möglichkeit, auch in solchen Fällen "Wahrscheinlichkeit" anzugeben. Wenn dies in derartigen Fällen auch nicht exakt zahlenmäßig möglich sei, so lasse sich doch dadurch die Wahrscheinlichkeit annähernd messen, daß man die Frage der interessierenden Wahrscheinlichkeit in eine Reihe von Vergleichswahrscheinlichkeiten einstelle, deren Größenordnung man als fest ansehe. Er ist somit der Auffassung, daß selbst dort, wo die Erfahrung nicht zu festen Erfahrungswerten führt, durch Vergleichen ein bestimmter Grad von Wahrscheinlichkeit ermittelt werden kann.

Auch die Vertreter des subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffes sind letztenendes einig, daß die Wahrscheinlichkeit in ihrem Sinne meßbar ist.

168) Auch die subjektive Auffassung wird in der Wissenschaft durch die verschiedensten Formeln ausgedrückt; es darf hierzu auf Stegmüller, IV, 1. Halbband, S. 389 - 417 verwiesen werden.

169) Keynes, a. a. O. S. 131

Kurz zusammengefaßt lassen sich damit objektiver und subjektiver Wahrscheinlichkeitsbegriff so gegenüberstellen:

- a) Unter objektiver Wahrscheinlichkeit hat man den Wert der relativen Häufigkeit zu verstehen, in dem das zu beobachtende Merkmal im Verhältnis zu dem "Kollektiv" steht. Eine Einzelaussage ist damit nicht verbunden.
- b) Die subjektive Wahrscheinlichkeit umschreibt dagegen den Grad, mit dem eine bestimmte Person an das Eintreffen eines bestimmten Ereignisses glaubt, wobei das Maß der Wahrscheinlichkeit letztlich von der Verlässlichkeit und Allgemeingültigkeit von Erfahrungsdaten abhängt.

3. Juristischer Begriff der Wahrscheinlichkeit ?

Die obige Darstellung hat gezeigt, daß nach dem heutigen Stand der Auffassungen nach wie vor zwei unterschiedliche Begriffsbestimmungen der Wahrscheinlichkeit bestehen. Wenn auch bei den Vertretern beider Auffassungen im Detail noch weitere Differenzierungen erkennbar sind, bleibt als Hauptunterschied die objektive oder subjektive Grundauffassung.

Es wurde im einzelnen bereits dargestellt, daß weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur ein für den juristischen Bereich, insbesondere für die Frage der Beweiswürdigung gültiger Begriff der Wahrscheinlichkeit näher definiert wird.

Ein eigener juristischer Begriff der Wahrscheinlichkeit besteht somit nicht, auch der Versuch, einen solchen zu definieren, wurde nicht unternommen.

Weitnauer etwa, der sich mit dem Begriff der Wahrscheinlichkeit und seiner Verwendung in der Rechtswissenschaft auseinandersetzt, versucht ebenfalls keinen neuen eigenen Begriff zu prägen. Er führt lediglich aus, daß dieser Begriff offensichtlich zumeist völlig unreflektiert verwendet wird, er werde als vorgegeben angesehen, als außerrechtlich und deshalb in unserer Wissenschaft einer näheren Erörterung weder bedürftig noch fähig. ¹⁷⁰⁾

Von dem Versuch, einen nur für den juristischen Bereich gültigen Wahrscheinlichkeitsbegriff zu definieren, sollte auch weiterhin abgesehen werden. Allein die Konsequenz, daß etwa zwischen Sachverständigen und Richtern durch einen solchen - besonderen juristischen - Wahrscheinlichkeitsbegriff zusätzlich und unnötig das Verständnis noch weiter erschwert würde, ist hierfür Grund genug. ¹⁷¹⁾ ¹⁷²⁾

Die Definition eines neuen juristischen Wahrscheinlichkeitsbegriffes sollte daher nicht in den Vordergrund gestellt werden. Wesentlich wertvoller wäre es festzustellen, ob etwa der objektive Wahrscheinlichkeitsbegriff, der zu exakten Wahrscheinlichkeitswerten führt, für den Juristen in einzelnen Fällen nutzbar gemacht werden kann. Denn ließen sich Fälle finden, in denen Tatsachen mit solchen exakten Wahrscheinlichkeitswerten festgestellt werden können, könnte man auch berechtigtermaßen an eine Bindung des Richters bei der Beweiswürdigung in diesen Fällen denken.

170) Weitnauer, Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung in Versicherungsrecht, Karlsruher Forum 1966/3 ff.

171) Musielak, a. a. O. S. 111/112

172) Klausur in JZ 71/231, zu den Verständnisschwierigkeiten zwischen Richtern und Sachverständigen auch Rudolph, Die Justiz 1969/24

4. Verwertbarkeit des objektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffes
für die richterliche Beweiswürdigung ?

Die Ansichten darüber, in welchen Fällen der richterlichen Beweiswürdigung die Voraussetzungen der Anwendbarkeit der objektiven (mathematischen) Wahrscheinlichkeitstheorie gegeben sind, sind unterschiedlich:

a) Maassen

Maassen etwa nimmt an, daß der Wahrscheinlichkeitsbegriff der sogenannten Häufigkeitstheorie ohne weiteres auf die juristische Tatsachenfeststellung anwendbar ist.¹⁷³⁾ Für ihn läßt sich der Wahrscheinlichkeitsgrad, der für oder gegen die Feststellung einer Tatsache spricht, in jedem Fall vom Richter objektiv bestimmen.

Daß dies nicht richtig sein kann, ist offensichtlich. Maassen kann zu seiner Auffassung auch nur kommen, da er davon ausgeht, daß "die angebliche Notwendigkeit der Wiederholung nicht bestehe."¹⁷³⁾ Er verzichtet auf diese Grundvoraussetzung der objektiven Theorie mit dem Hinweis, dem Richter stehe aufgrund seines Erfahrungswissens eine gewisse Anzahl von ähnlichen Tatsachen, Tatsachenverbindungen und Fällen aus der Vergangenheit zur Verfügung, die eine angenäherte Bestimmung des gesuchten Häufigkeitsgrenzwertes erlauben. Durch Heranziehung lediglich "ähnlicher" Fälle verliert jedoch die objektive Wahrscheinlichkeitstheorie die Exaktheit, die gerade ihren Wert ausmacht.

173) Maassen, Beweismaßprobleme S. 6

Das Würfelspiel verdeutlicht dies hier nochmals recht einfach und überzeugend. Bei einem völlig fehlerlosen Würfel läßt sich die Wahrscheinlichkeit, mit der eine bestimmte Ziffer geworfen wird mit $1/6 = 0,1666$ (bzw. 16.66 %) ausdrücken. Bei einem fehlerhaften Würfel läßt sich die Wahrscheinlichkeit, daß eine bestimmte Ziffer häufiger vorkommt als eine andere, durch lange Versuche ermitteln. Der Wert läßt sich dabei dann z.B. mit 0,1517 o.ä. bestimmen. Je exakter die Bedingungen sind, unter denen die Würfe ausgeführt werden (gleiche Wurfperson, gleicher Untergrund, gleiche Wurfstärke usw.) um so genauer läßt sich ein entsprechender Wahrscheinlichkeitswert nachweisen. Werden - wie bei Maassen - nur "ähnliche" Fälle zugrundegelegt, fehlt es schon an den für die Häufigkeitstheorie notwendigen Wiederholungsvorgängen (Kollektiv).¹⁷⁴⁾ Denn nur wenn gleiche Vorgänge gegeben sind, die sich beliebig wiederholen lassen oder zumindest ein erhebliches Beobachtungsmaterial zur Verfügung steht, kann von einem wirklich objektiv bestimmten Grad von Wahrscheinlichkeit gesprochen werden.

Folgerichtig spricht Maassen daher auch nur von "numerischer Schätzbarkeit".¹⁷⁵⁾ Mit dem Hinweis, daß aufgrund seines Erfahrungswissens der Richter ähnliche Tatsachen heranziehen könne¹⁷⁶⁾, wird von ihm nichts anderes angesprochen als die Verwertung von "Erfahrung" und damit die Maßstäbe der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie.

Die von Maassen vertretene Auffassung läßt sich daher mit den von der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie gestellten Erfordernissen nicht vereinbaren.

174) vergl. etwa Weitnauer Karlsruher Forum 1966/5. Von Mises Wahrscheinlichkeit S. 89

175) Maassen, S. 7; zu der Ungenauigkeit solcher Schätzungen schon Bohne, a. a. O. S. 13/14
Schneider, Beweiswürdigung, S. 12

176) Maassen, a.a.O. S. 7 räumt lediglich ein, daß die numerische Wahrscheinlichkeit so nicht exakt, sondern nur annähernd bestimmt werden kann. Hierzu ähnlich Musielak a. a. O. S. 113,114, der zwar auch von Schätzwerten der Wahrscheinlichkeit spricht, dabei jedoch

b) Weitnauer

Weitnauer faßt die Fälle, von denen er glaubt, daß sie für eine Verwertbarkeit der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie in Betracht kommen, wesentlich genauer.

Soweit der Bereich des § 286 ZPO berührt ist, spricht er die Fälle der §§ 843 - 845, 844 II BGB und den Anscheinsbeweis an. Beim Anscheinsbeweis geht Weitnauer davon aus, daß er durchaus mit den Erkenntnissen der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie vereinbar ist.¹⁷⁷⁾ Dabei legt er folgenden Fall zugrunde: Als der Kläger am Haus des Bekl. auf einer öffentlichen Straße vorbeikam, fiel aus einem offenen Fenster des Hauses ein Mehlfäß herunter und verletzte den Kläger. Hieraus wird dann auf ein Verschulden mit Hilfe Anscheinsbeweises geschlossen, da Fässer gewöhnlich nicht aus Fenstern fallen, ohne daß ein Mangel an Sorgfalt vorliegt.

Das notwendige "Kollektiv" (i.S. der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie) bilden für Weitnauer die Fälle, in denen Fässer aus Fenstern fallen. Den allgemeinen Erfahrungssatz, daß Fässer üblicherweise nicht ohne Mangel an Sorgfalt aus Fenstern fallen, sieht er als gleichbedeutend mit dem Satz an, daß in der weitaus überwiegenden Zahl der aus Fenstern fallenden Fässer ein Verschulden vorliegt. Damit kann er dann den Schluß ziehen, daß das, was in den meisten Fällen zutrifft auch im konkreten Fall zutrifft.¹⁷⁷⁾

176) erkennt, daß solche Schätzungen von Wahrscheinlichkeit als unzulänglich angesehen werden müssen gegenüber mit mathematischer Genauigkeit wissenschaftlich fundierten Zahlen. Er sieht also, daß die objektive Wahrscheinlichkeitstheorie in diesem Bereich der Tatsachenwürdigung nicht ohne weiteres Anwendung finden kann.

177) Weitnauer, Karlsruher Forum, 1966/13

Schon dieses Beispiel läßt erhebliche Bedenken aufkommen, ob in solchen und ähnlichen Fällen wirklich die Voraussetzungen gegeben sind, die für die objektive Wahrscheinlichkeitstheorie zu verlangen sind.¹⁷⁸⁾ Bei der Frage der Sorgfalt beim Hantieren mit Fässern an Fenstern handelt es sich sicher nicht um Massenerscheinungen oder Wiederholungsvorgänge, Vorgänge also, die unbegrenzt fortgesetzt werden können oder jedenfalls in sehr großer Zahl als Beobachtungsmaterial zur Verfügung stehen.¹⁷⁹⁾ Weitnauer kann zur Annahme eines Kollektivs eigentlich, was er nicht anspricht, nur unter Heranziehung von ähnlichen Fallgestaltungen kommen. Hierfür würde dann das oben zu der Auffassung Maassen Gesagte gelten.¹⁸⁰⁾

Auch der Hinweis darauf, daß der Anscheinsbeweis für seine Anwendbarkeit einen "typischen Geschehensablauf" verlange, reicht nicht aus, zu begründen, daß dann auch jeweils ein "Kollektiv" i.S. eines Wiederholungsvorganges vorliegt.

Zum einen spricht dagegen, daß die Rechtsprechung immer da, wo von einem typischen Geschehensablauf die Rede ist, auf eine "ohne weiteres nahe-
liegende Erklärung nach der Lebenserfahrung"¹⁸¹⁾ verweist. Lebenserfahrung bedeutet aber nicht Verwertung von Erfahrungen aus völlig gleichgelagerten Fällen, sondern Verwertung von Erfahrungen verschiedenster Art, die in ihrem Zusammenspiel erst die "Lebenserfahrung" ausmachen.

178) Weitnauer hat auch an anderer Stelle erkannt, daß es auf der Hand liegt, "daß das Ergebnis solcher Statistik sehr stark von der Art und Weise der Beschreibung der das Kollektiv bildenden Ereignisse abhängt" (vergl. Weitnauer, a. a. O. S. 6), ohne daß jedoch für seinen eigenen Beispielsfall zu berücksichtigen.

179) vergl. oben (49/50) v. Mises, Wahrscheinlichkeit, S. 89
Weitnauer selbst beschreibt dieses Erfordernis a. a. O. S. 5

180) vergl. oben Fn. 60 f.

181) BGH LM (C) zu § 286 ZPO Nr. 12, BGH Vers.R. 74/264

Die Wiederholung bestimmter Vorgänge macht daher die Typizität des Geschehensablaufes beim Anscheinsbeweis nicht aus, worauf Kegel¹⁸²⁾ zu Recht verweist.

Zum anderen ist der Anscheinsbeweis nicht auf sog. "typische Geschehensabläufe" beschränkt¹⁸³⁾, wobei es ohnedies schwierig ist, eine Grenze zwischen Typischem und Atypischem zu ziehen.¹⁸⁴⁾ Teilweise wird daher auch in der Literatur vorgeschlagen, auf das Merkmal "typisch" zu verzichten.¹⁸⁵⁾

182) Kegel in Festschrift für Kronstein, S. 333: "typisch" ist nicht gleich "häufig".

183) Bei nicht typischen Geschehensabläufen angewandt: OLG Bamberg FamRZ 67/334 (Prima-Facie von der Unbescholtenheit der Braut auszugehen); BAG AP § 282 ZPO Nr. 1; BGH VersR 54/116; BGHZ 11/227; BGH VersR 55/99 ("typische Selbstmordschüsse" bei Schußwunde von Bolzenschußapparat); BGH VersR 56/793/794 (Anscheinsbeweis für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Einbringen von Abraum in einen mit dem Grundwasser in Verbindung stehenden Bombentrichter und der Verschmutzung eines im Grundwasserstrom liegenden Brunnens); BGH VersR 60/416,418 (TBC-Erkrankung); BGH VersR 74/264; trotz dieser Einzelfälle hält der BGH noch ausdrücklich daran fest, daß der Anscheinsbeweis nur bei "typischen" Fallgestaltungen angewandt werden könne. Dabei steht jedoch deutlich die Betonung der allgemeinen Erfahrungssätze im Vordergrund, nicht die Tatsache, daß es sich um einen Wiederholungsvorgang handelt; so BGH VersR 74/264: "Es ist nämlich eine allgemeine Erfahrung, daß Treppen, insbesondere beim Herabsteigen, eine Gefahrenquelle für Stürze sind, denen durch Vorkehrungen bei der Gestaltung (die sich hier unfallverursachend ausgewirkt hatte) der Treppe und ihrer Umgebung begegnet werden kann und muß".

184) Ekelöf in ZJP 75/300

185) Prölls, Beweiserleichterungen, S. 20 ff.

Auch in dem Bereich, in dem der Augenscheinsbeweis Anwendung finden kann, ist der Richter also nicht in der Lage, mittels der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie exakt bestimmte Grade von Wahrscheinlichkeit zu ermitteln. Wollte man die objektive Wahrscheinlichkeitstheorie hier trotzdem heranziehen, könnte das nur um den Preis der Inkaufnahme von Ungenauigkeiten der Ergebnisse geschehen. Diese Ungenauigkeit tritt als unausweichliche Folge ein, wenn als Grundlage zur Ermittlung der Wahrscheinlichkeit auf ein ausreichendes Beobachtungsmaterial verzichtet wird. 186)

Damit ist aber zugleich der Wert der objektiven Theorie verloren. Denn werden lediglich "Schätzwerte" anstatt bestimmter Wahrscheinlichkeitswerte erreicht, gewinnt über die Schätzung letztlich wieder die -subjektive- allgemeine Lebenserfahrung Bedeutung. Der Bereich der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie wird damit aber verlassen. Weiter geht Weitnauer auf Fälle der §§ 843 - 845 BGB ein.

Will man die objektive Wahrscheinlichkeitstheorie für die richterliche Beweiswürdigung nutzbar machen, muß man sich darüber im klaren sein, daß der hiermit erreichbare Wahrscheinlichkeitswert immer nur ein Wert relativer Häufigkeit sein kann. Von Wahrscheinlichkeit im Sinne der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie kann daher nur in Bezug auf ein Kollektiv gesprochen werden, nicht in Bezug auf ein einzelnes Ereignis. 187)

186) Zur Verdeutlichung hier nochmals das Würfelspiel:
Für die relative Häufigkeit der Wiederkehr bestimmter Ziffern läßt sich eben nach 6 Würfeln noch gar nichts sagen, wohl aber nach 1000.

187) v. Mises, Wahrscheinlichkeit, S. 89

Es läßt sich mit der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie also nie eine Wahrscheinlichkeitsaussage bezüglich eines Einzelereignisses machen. Die objektive Wahrscheinlichkeitstheorie kann nur da einen verwertbaren Wahrscheinlichkeitswert liefern, wo der Richter nicht die einzelne Tatsache, sondern "relative Häufigkeit" festzustellen hat.

An eine solche Fallgestaltung kann man allenfalls im Rahmen des § 844 II BGB¹⁸⁸⁾ bei der Feststellung der "mutmaßlichen Lebensdauer"¹⁸⁹⁾ denken.

Doch zeigt sich auch hier, daß die objektive Wahrscheinlichkeitstheorie nur beschränkt weiterhelfen kann.

Denn wenn sich auch anhand von exakten Sterbetafeln¹⁹⁰⁾, deren abstrakte Aussagekraft nicht infrage zu stellen ist, die allgemeine Lebenserwartung von Menschen errechnen läßt, gibt ein solcher abstrakter Wert doch nur einen Anhaltspunkt zur Feststellung der mutmaßlichen Lebensdauer.

188) vergl. auch § 10 II STVG; Weitnauer a. a. O. S. 11, 12

189) hierzu OGHZ 1/322

190) vergl. Becker, Kraftverkehrshaftpflichtschäden, 11. Aufl. S. 181 ff.

Schmidt, Versicherungsalphabeth erläutert hierzu: Sterbetafel = Absterbeordnung, welche die Sterbenswahrscheinlichkeiten einer bestimmten Menge von Menschen in der Weise darstellt, daß jeweils angegeben wird, wieviele Neugeborene das 1., 2. usw. Lebensjahr überleben. Sterbetafeln beruhen also auf nach Wahrscheinlichkeitsrechnung ausgewerteten statistischen Ermittlungen. Dem sogenannten Gesetz der großen Zahl muß Rechnung getragen sein. - Eine der ersten Sterbetafeln wurde von dem englischen Astronomen Halley aufgestellt. Sterbetafeln dienen Lebensversicherungen zur Prämienermittlung. -

Denn die mutmaßliche Lebensdauer des Getöteten ist nicht identisch mit der mittleren Lebenserwartung, über die die Sterbetafeln nur Auskunft geben. Mittlere Lebenserwartung bedeutet nichts anderes, als daß bis zu dem durch sie fixierten Zeitpunkt 50 % aller Gleichaltrigen - gleichen Geschlechts - durch Tod weggefallen sind. 191)

Zur Feststellung der "mutmaßlichen Lebensdauer" im Sinne des § 844 II BGB gehört aber im konkreten Fall mehr. Es sind auch hier die tatsächlichen Verhältnisse des jeweiligen Falles zur Feststellung der mutmaßlichen Lebensdauer eines einzelnen Menschen zu berücksichtigen, so neben dem die Lebensgewohnheiten, Beruf und insbesondere einzelne Krankheiten. 192) Hierfür kann dann aber wieder die objektive Wahrscheinlichkeitstheorie nicht weiterhelfen. Auch die Feststellung der mutmaßlichen Lebensdauer bleibt also letztendlich eine Einzelfallentscheidung.

Damit lassen auch die von Weitnauer angesprochenen Fälle nicht zu, im Einzelfall auf der Grundlage der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie einen bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrad für das Vorliegen einer entscheidungsrelevanten Tatsache festzustellen.

Die objektive Wahrscheinlichkeitstheorie ist also nur geeignet, dem Richter als Hilfsmittel bei der Überzeugungsbildung in einzelnen Fällen zu dienen, nicht aber seine Überzeugungsbildung zu bestimmen oder ihn gar zu binden. 193)

191) Preußner VersR 67/840 ff., 841

192) vergl. hierzu Becker, 11. Aufl. Kraftverkehrshaftpflichtschäden, S. 180

193) vergl. hierzu auch Musielak, a. a. O. S. 111, der die moderne Häufigkeitstheorie als für die richterliche Entscheidung nicht bzw. nur begrenzt verwendbar ansieht.

c) Einzelfälle, in denen exakte Wahrscheinlichkeitswerte
in Entscheidungen verwendet werden

Obwohl festgestellt wurde, daß die objektive Wahrscheinlichkeitstheorie auch in Einzelfällen nicht zur Festlegung eines bestimmten Grades von Wahrscheinlichkeit führt, finden sich in der Rechtsprechung verschiedentlich Entscheidungen, die von einer in exakten Prozentzahlen ausgedrückten Wahrscheinlichkeit ausgehen.

aa) Umfrageforschung

Die Umfrageforschung etwa arbeitet mit Wahrscheinlichkeitsaussagen, die in genaue Prozentzahlen gefaßt sind. So läßt sich mit Hilfe der Umfrageforschung etwa der Bekanntheitsgrad eines bestimmten Produktes prozentual festlegen.¹⁹⁴⁾ Derartige demoskopische Umfragen werden dabei als Sachverständigengutachten angesehen¹⁹⁵⁾ und von der Rechtsprechung anerkannt.¹⁹⁶⁾ Ihr Hauptanwendungsgebiet liegt im Bereich des Wettbewerbsrechts.¹⁹⁷⁾

194) BGH WRP 56/251; BGH GRUR 56/550; vergl. auch Noelle-Neumann in Umfrageforschung in der Rechtspraxis, Übersicht S. 99 ff.

195) Stein-Jonas, vor § 402 ZPO I 1; Zöllner Rdn. 3 zu § 402 ZPO; Baumbach-Hefermehl Rdn. 408, Einl. zum UWG

196) BGH 28/1; BGH GRUR 56/379

197) Nachweise bei Noelle-Neumann a. a. O. S. 13; Mediger GRUR 56/303 verweist darauf, daß zum Beispiel die Verwechslungsmöglichkeit im Wettbewerbsrecht nur durch demoskopische Umfragen einigermaßen zuverlässig feststellbar sei.

Bei so genauem Zahlenmaterial, wie es die Umfrageforschung vermittelt, ließe sich daher durchaus daran denken, ob ein demoskopisches Gutachten nicht einen solchen Grad von Wahrscheinlichkeit schafft, der die Freiheit der richterlichen Überzeugungsbildung unter Umständen einschränken kann. Hierauf könnte man nach den vorstehenden Ausführungen zur objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie auch deshalb kommen, da in den Bereichen des Wettbewerbsrechts, in denen der Beweis durch Gutachten in der Form demoskopischer Umfragen ausschließlich anerkannt ist, jeweils keine Einzeltatsachen durch den Richter festzustellen sind, sondern "Schätzungen" ausreichen.¹⁹⁸⁾ Denn gerade für Schätzungen (Bestimmung der relativen Häufigkeit) ist die objektive Wahrscheinlichkeitstheorie in der Lage, verlässliche Aussagen zu machen. Die zahlenmäßig exakten Ergebnisse des demoskopischen Gutachtens erklären sich gerade daraus, daß die Verfahren, nach denen entsprechende Umfragen durchgeführt und ausgewertet werden, auf der (objektiven) Wahrscheinlichkeitsrechnung und mathematischen Statistik beruhen.¹⁹⁹⁾ Dabei sind die Demoskopen sogar in der Lage, die mathematische Unschärfe der eigenen Ergebnisse zu berechnen. Die Fehlerspanne liegt bei plus/minus 2 % des errechneten Ergebnisses.²⁰⁰⁾ Innerhalb dieses Schwankungsbereiches wird die Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit des Umfrageergebnisses sogar mit 94,5 % angegeben.²⁰¹⁾

198) Zum Beispiel, ob eine Bezeichnung, die eine Ortsangabe enthält, als Herkunftsangabe verstanden wird (L'Oreal SA Paris, BGH NJW 65/1854) - oder Feststellung, ob ein bestimmtes Verhalten von Verkehrsbeteiligten als sittenwidrig angesehen wird.

199) Noelle-Neumann, a. a. O. S. 19

200) Noelle-Neumann in Umfragen in der Massengesellschaft 1963 S. 109

201) Noelle-Neumann, Umfragen in der Massengesellschaft, S. 109

Trotz des auffallend genauen Zahlenmaterials ist die Frage der Zuverlässigkeit demoskopischer Gutachten nicht unproblematisch.²⁰²⁾ Zwar haben sich die Methoden der Umfrageforschung wesentlich verfeinert. Der Aufbau der Testfragen ist heute an den wissenschaftlichen Erkenntnissen der Psychologie und empirischen Sozialforschung ausgerichtet.²⁰³⁾ Man könnte daher dem für schwierige Fachfragen unten noch dargestellten Grundsatz folgend²⁰⁴⁾, auch hier daran denken, daß die besonderen Kenntnisse des Demoskopen verbunden mit den exakten Ergebnissen den Richter an das Umfrageergebnis binden, da er nicht in der Lage ist, sich etwa mit der Fassung der der Umfrage zugrunde gelegten Testfrage wirklich auseinanderzusetzen. Inwieweit eine solche Bindung an Sachverständigengutachten überhaupt infrage kommen kann, wird unten noch ausgeführt.²⁰⁵⁾ Gegenüber dem normalen Gutachten, das in der Regel vom Sachverständigen selbst erstattet wird, weist das demoskopische Gutachten aber zusätzlich Besonderheiten auf, die eine etwaige Bindung zweifelhaft erscheinen lassen. Das Institut, dessen Mitarbeiter allein über das für die Umfrage notwendige Fachwissen verfügen, liefert lediglich die Testfragen und errechnet abschließend die Umfrageergebnisse. Dazwischengeschaltet ist aber der Apparat, dessen sich die demoskopischen Institute für die Erstattung des Gutachtens zusätzlich bedienen, nämlich sämtliche Interviewer und Befragten. Gerade hierin kann aber

202) Welche erheblichen Unterschiede in Umfrageergebnissen trotz der zahlenmäßig "so exakten Ergebnisse" auftreten können, zeigt ein Rechtsstreit zwischen den Instituten Allensbach und Wickert vor dem LG Düsseldorf (vergl. "Spiegel" Nr. 5 vom 24.1.1977 S. 58); dort wurden zum Beispiel Unterschiede in den Umfrageergebnissen bis zu 33 % über die Frage, ob die Ehescheidung erschwert werden soll, festgestellt.

203) Noelle-Neumann, a. a. O. S. 17

204) vergl. unten S. 122 ff.

205) vergl. unten S. 125 ff.

eine erhebliche Fehlerquelle liegen. ²⁰⁶⁾ So bestehen etwa Bedenken, inwieweit die Interviewer nach den erteilten Weisungen die Antworten zuverlässig und ohne Fälschung registriert haben. ²⁰⁷⁾

Wegen der Fehlermöglichkeiten muß der Richter hier zusätzlich von der "Glaubwürdigkeit" des Umfrageergebnisses überzeugt sein. Wie hoch diese Fehlermöglichkeit - neben der Möglichkeit der Fälschung einzelner Angaben durch Interviewer - einzuschätzen ist, ergibt sich aus der Überlegung, daß der Interviewer nichts anderes macht als ausgesuchte Personen zu befragen. Wenn hierin auch keine Zeugenvernehmung zu sehen ist, so ist doch die Verlässlichkeit der Angaben der Befragten keinesfalls höher einzuschätzen, als der Wert einer vor Gericht gemachten Zeugenaussage. ²⁰⁷⁾ Wie unten noch zum Zeugenbeweis auszuführen sein wird, ist die Zeugenaussage neben der Parteivernehmung als die unsicherste Beweisart anzusehen. ²⁰⁸⁾

Wenn also auch demoskopische Gutachten dem Gericht nach der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie genauestens errechnete Ergebnisse liefern, ist doch der Wert derartiger Gutachten für die richterliche Beweiswürdigung durch diese Erwägungen infrage gestellt, denn die objektive Wahrscheinlichkeitstheorie allein liefert nur das rechnerische Endergebnis, nicht aber mit der gleichen Genauigkeit die für dieses Ergebnis notwendigen Berechnungsgrundlagen.

Zur Vermeidung dieser Schwäche des demoskopischen Gutachtens ²⁰⁹⁾ wurde in der Rechtsprechung auch erwogen, Interviewer stichprobenweise als Zeugen zu vernehmen. ²¹⁰⁾ Damit hängt dann aber letztlich der Beweiswert solcher Gutachten wieder von der Glaubwürdigkeit dieser als Zeugen

206) Noelle-Neumann, a. a. O. S. 17, die davon spricht, daß diese Fehlerquelle auf ein "Mindestmaß" verringert werden müßte.

207) vom Stein in GRUR 72/74

208) vergl. unten S. 95

209) OLG Nürnberg Urteil vom 7.4.57 (3 U 132/56); BGH GRUR 59/28

210) OLG München GRUR 56/379

vernommenen Interviewer ab, wobei noch die weitere Unsicherheit verbleibt, daß nur einzelne der Interviewer stichprobenweise gehört werden würden.

Letztendlich ist also auch das demoskopische Gutachten kein Fall der reinen Anwendung der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie. Die genauen Zahlen der Demoskopen täuschen hier über den wahren Beweiswert.

bb) Abstammungsprozeß

Genauere Wahrscheinlichkeitsaussagen finden sich auch in Gutachten, die im Abstammungsprozeß regelmäßig erhoben werden. Dabei gelangen die Gutachten entweder zu einem genau umschriebenen Wahrscheinlichkeitsgrad (erbbiologisches Gutachten) oder sogar zu einem in exakten Prozentzahlen ausgedrückten Wahrscheinlichkeitsgrad (serostatistisches Gutachten).

(1.) Erbbiologisches Gutachten

Ob durch ein erbbiologisches Gutachten ein solcher Grad von Wahrscheinlichkeit für die Vaterschaft eines Mannes begründet werden kann, daß der Richter zur entsprechenden Feststellung gezwungen ist, ist trotz der in derartigen Gutachten enthaltenen genau gegebenen Wahrscheinlichkeitsaussagen des Sachverständigen zu verneinen.

In der medizinischen Wissenschaft herrscht zwar die Auffassung vor, daß eine positive Feststellung der Vaterschaft nur durch ein "erbbiologisches Gutachten" möglich ist. 211)

211) Beitke-Hosemann-Dahr-Schade, Vaterschaftsgutachten für die gerichtliche Praxis, S. 14

Die Rechtsprechung ist demgegenüber aber zu Recht in der Bewertung erbbiologischer Gutachten schon zurückhaltender. Sie hat nur anerkannt, daß auch ein erbbiologisches Gutachten bei der Feststellung der Vaterschaft herangezogen werden darf.²¹²⁾ Der Wert solcher Gutachten wird aber relativ gering eingeschätzt.²¹³⁾

Die Zweifelhaftigkeit des Wertes erbbiologischer Gutachten bestätigt sich auch immer wieder dann, wenn in einem Verfahren ein zweites erbbiologisches Gutachten erhoben wird; denn die Gutachten namhafter Sachverständiger kommen in einzelnen Fällen zu äußerst unterschiedlichen Ergebnissen. Geht ein Gutachten von "großer Wahrscheinlichkeit" für die Vaterschaft des Beklagten aus, kann das zweite Gutachten zu dem Ergebnis kommen, daß die "Vaterschaft des Beklagten in hohem Maße unwahrscheinlich" ist.²¹⁴⁾

Obwohl die Erkenntnisse, auf denen erbbiologische Gutachten beruhen, wissenschaftlich allgemein als gesichert gelten²¹⁵⁾, sind die Gründe, die zu der geringen Zuverlässigkeit führen, verständlich. Neben der Schwierigkeit, bestimmte Ähnlichkeitsmerkmale überhaupt zu erfassen, ist der Sachverständige bei der Bewertung der Befunde im wesentlichen auf eine gefühlsmäßige Abschätzung der Beweiswertigkeiten angewiesen.²¹⁶⁾ Damit verlieren auch die Aussagen über die Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft eines bestimmten Mannes ihren Wert.

212) BGH NJW 54/83

213) OLG Schleswig NJW 55/1881; BGH NJW 74/606
zum Wert des erbbiologischen Gutachtens gegenüber dem sero-
statistischen Gutachten; zum Wert erbbiologischer Gutachten
und ihren Grenzen auch OLG Köln NJW 66/405; BGH FamRZ 61/306

214) OLG Köln AZ. 6 U 82/54; OLG Stuttgart 16 U 116/73
(Gutachten Vogel und Ritter) vergl. im einzelnen auch Roth-
Stielow Rdn. 230

215) so bereits BGH NJW 54/83

216) Baitsch in Hummel, Die medizinische Vaterschaftsbegutachtung
mit biostatistischem Beweis, S. 56

Ein bestimmter Beweiswert kann daher von einem erbbiologischen Gutachten nicht erwartet werden, auch wenn die Sachverständigen für ihre Gutachten immer wieder eine in genau umschriebene Grade eingeteilte Wahrscheinlichkeitsskala verwenden. ²¹⁷⁾

(2.) Serostatistisches Gutachten

Während das erbbiologische Gutachten auf Schätzungen der Vaterschaftswahrscheinlichkeit angewiesen ist, liefert das serostatistische Gutachten im Vaterschaftsprozeß in exakten Prozentzahlen ausgedrückte Wahrscheinlichkeitsaussagen des Sachverständigen. Das serostatistische Gutachten kommt zu dieser Wahrscheinlichkeitsaussage auf folgendem Weg:

Ausgehend von der Häufigkeitsverteilung von bestimmten Blutmerkmalen in der Bevölkerung wird ermittelt, mit welchem Grad von Wahrscheinlichkeit der untersuchte Mann zu der Gruppe der möglichen Väter gehört bzw. nicht gehört. Dafür wird eine vergleichende Untersuchung bestimmter Blutmerkmale durchgeführt. ²¹⁸⁾ Das Blut von Mutter, Kind und möglichen Vätern wird auf verschiedene Eigen-

217) vergl. Beitzke-Hosemann S. 163:

- Vaterschaft nicht entscheidbar
- Vaterschaft möglich
- Vaterschaft wahrscheinlicher als Nichtvaterschaft bzw. umgekehrt
- Vaterschaft wahrscheinlich bzw. unwahrscheinlich
- Vaterschaft sehr wahrscheinlich bzw. sehr unwahrscheinlich
- Vaterschaft praktisch erwiesen bzw. praktisch ausgeschlossen

vergl. ähnlich auch Roth-Stielow, S. 92, 93

218) Für die Durchführung im einzelnen bestehen genaue Richtlinien des Bundesgesundheitsamtes, BGesundh.Bl. 1970/149 ff. 72/31

schaften untersucht. ²¹⁹⁾ Aus der Übereinstimmung bestimmter Blutgruppenmerkmale werden auf der Grundlage erbbiologischer Erkenntnisse Rückschlüsse auf eine mögliche Vaterschaft gezogen.

Dabei kann sich ergeben, daß wegen Unvereinbarkeit bestimmter Blutmerkmale die Vaterschaft eines in Betracht kommenden Mannes mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann. ²²⁰⁾

Kommt das serologische Gutachten zu diesem Ergebnis, ist der Richter hieran gebunden. Bei dem Ausschlußwert bestimmter Systeme, der in der Wissenschaft anerkannt ist ²²¹⁾, handelt es sich um derart schwierige naturwissenschaftliche Fachfragen, daß dem Richter für die Würdigung des Gutachtens kein Spielraum bleiben kann. ²²²⁾

Die Möglichkeit, auf der Grundlage eines serologischen Gutachtens die Vaterschaft positiv festzustellen, wurde bis in die 50iger Jahre noch in der Wissenschaft abgelehnt. ²²³⁾

Die Möglichkeit positiver Feststellung der Vaterschaft ergibt sich heute erst aus der zusätzlichen Berücksichtigung der Serostatistik. Die Tatsache, daß die Häufigkeitsverteilung von bestimmten Blutmerkmalen in der Bevölkerung bekannt ist, ermöglicht die Serostatistik.

219) Zu den einzelnen zu untersuchenden Blutmerkmalen vergl. Spielmann-Seidl in NJW 73/2228 ff.
Roth-Stielow, Der Abstammungsprozeß, S. 82 ff.
Hummel, Die medizinische Vaterschaftsbegutachtung

220) Eine Übersicht, welche Merkmale vollen "Ausschlußwert" haben, findet sich bei Roth-Stielow, S. 83

221) Ist der Ausschlußwert einzelner Merkmale noch nicht erkannt oder zweifelhaft, gibt das Bundesgesundheitsamt auf Anfrage Auskunft. So etwa auf Anfrage des LG Hechingen DAV 72/196 ff. für ADA-System.

222) zur Bindung an Gutachten, vergl. unten S. 125 ff., 127

223) Pietrusky, Das Blutgruppengutachten, S. 5;
Beitzke-Hosemann, S. 14

Die Wahrscheinlichkeit, mit der nach diesen statistischen Werten im konkreten Fall von der Vaterschaft eines Mannes auszugehen ist, wird heute nach Essen-Möller oder nach der VACH-Methode berechnet. ²²⁴⁾ Ob ein so erreichter in exakten Zahlen ausgedrückter Wahrscheinlichkeitswert des serostatistischen Gutachtens den Richter in seiner Beweiswürdigung binden kann, kann nicht ohne weiteres für das serostatistische Gutachten allgemein beantwortet werden. Daß diese Frage nicht eindeutig zu beantworten ist, liegt daran, daß es für die Beweiswürdigung des Richters schon einen erheblichen Unterschied macht, ob in dem Bereich der Wahrscheinlichkeitswerte zwischen $W = 90\% - 99,9\%$ ein Gutachten zu einer Vaterschaftswahrscheinlichkeit von beispielsweise $W = 93\%$ oder $99,8\%$ gelangt. Das hat seinen Grund einerseits darin, daß der serostatistische Wert in genauen Prozentzahlen nur die Fehlerquote, die einer Vaterschaftsfeststellung anhaftet, wiedergibt ²²⁵⁾, oder zum anderen darin, daß in der Wissenschaft selbst Einigkeit darüber besteht, daß ein unter $W = 90\%$ liegender Wert des serostatistischen Gutachtens keinen verwertbaren Hinweis -weder positiv noch negativ- auf die Vaterschaft erlaubt. ²²⁶⁾

Welche verschiedene Bedeutung den zwischen $W = 90\%$ und $99,9\%$ liegenden Wahrscheinlichkeitswerten zukommt, hat die Rechtsprechung durch verbale Umsetzung der Zahlenwerte versucht auszudrücken. Sie folgt dabei Hummel ²²⁷⁾ und unterteilt:

-
- 224) beide Berechnungsmethoden sind ausführlich erläutert von Spielmann-Seidl in NJW 73/2228 ff.; weitere Berechnungsmethoden von Schulte-Mönting, Stutz/Zimmermann - Zimmermann/Kaiser (Zimmermann in NJW 73/13 u. 546 ff.), Fiedler/Hoppe/Pettenkoffer, vergl. hierzu auch bei Roth-Stielow, S. 86
- 225) Hummel in DAV 72/91 u. NJW 64/2191; BGH NJW 73/1925
- 226) Fiedler, Hoppe, Pettenkoffer Bundesgesundheitsblatt 68/129; Übersichtstabelle in NJW 73/2230; Essen-Möller ebenfalls Tabelle in NJW 73/2231 und Tabelle VACH NJW 73/2229
- 227) Hummel in Ponsold, 3. Aufl. Lehrbuch der gerichtlichen Medizin S. 557; Hummel, Die medizinische Vaterschaftsbegutachtung S. 47; BGH NJW 73/1926

- a.) ab 99,8 % Vaterschaft praktisch erwiesen
- b.) 99 % - 99,7 % Vaterschaft höchst wahrscheinlich
- c.) 95 % - 98,9 % Vaterschaft sehr wahrscheinlich
- d.) 90 % - 94 % Vaterschaft wahrscheinlich
- e.) weniger als 90 % Vaterschaft unentschieden

Für die Frage, ob diese mit Hilfe der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie ermittelten serostatistischen Wahrscheinlichkeitswerte den Richter in seiner Beweiswürdigung binden, die Vaterschaft festzustellen, müssen folgende Gruppen unterschieden werden:

(a) W = 99,8 %

Wird im Einzelfall ein Wahrscheinlichkeitswert von mindestens 99,8 % erreicht, liegt die Annahme nahe, daß dem Richter dann nur noch die Möglichkeit bleibt, die Vaterschaft festzustellen, er also in seiner Beweiswürdigung gebunden ist. Eine entsprechende Bindung (wenn auch nicht für bestimmte Wahrscheinlichkeitswerte) wird auch von Leipold²²⁸⁾ im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gefordert. Ob eine solche Bindung des Richters an das Ergebnis des serostatistischen Gutachtens uneingeschränkt zu bejahen ist, ist zweifelhaft. Zwar ist dem Richter die Würdigung des Gutachtens und seines Ergebnisses verschlossen, da es sich auch bei dem serostatistischen Gutachten um ein "Gebiet schwieriger Fachfragen"²²⁹⁾ handelt, das einer fachlichen Würdigung durch den Richter im Rahmen der Beweiswürdigung nicht zugänglich ist. Auch der hohe Wahrscheinlichkeitswert des serostatistischen Gutachtens, der für die Vater-

²²⁸⁾ Leipold in FamRZ 73/71

²²⁹⁾ vergl. unten S. 122 ff.

schaft spricht, kann aber nicht vorbehaltlos zur Bindung der Beweiswürdigung des Richters führen, wenn trotz dieses hohen Wertes im Einzelfall zusätzliche Gesichtspunkte eine andere Würdigung möglich erscheinen lassen.

Solche "besonderen Gesichtspunkte" sind auch bei solch extrem hohen Wahrscheinlichkeitswerten denkbar. So etwa, wenn die Kindesmutter bekanntermaßen zu häufig wechselndem Geschlechtsverkehr neigte oder gar bekannt ist, daß sie der Erwerbsunzucht nachgegangen ist. Hier gewinnt die geringe Fehlerquote bei der Entscheidung ein völlig anderes Gewicht, als wenn unbestrittenermaßen nur zwei Männer als Vater in Betracht kommen und für einen das serostatistische Gutachten einen Wahrscheinlichkeitswert von 99,8 % ausweist, auch wenn der zweite infrage kommende Mann nicht als Vater sicher ausgeschlossen werden konnte. Solche "zusätzlichen Gesichtspunkte" - auch entgegen dem Gutachten - in seiner Würdigung zu berücksichtigen, kann dem Richter nicht verwehrt sein.

Damit schließt auch ein hoher Wahrscheinlichkeitswert im serostatistischen Gutachten die freie Würdigung des Richters nicht völlig aus. ²³⁰⁾ Allerdings ist der Raum, der dem Richter für seine "freie Würdigung" bleibt, durch derart hohe Wahrscheinlichkeitswerte stark eingeengt.

(b) W = 90 % - 99,7 %

Je weiter sich der serostatistische Wahrscheinlichkeitswert $W = 90\%$ nähert, desto mehr gewinnen neben dem Gutachten zusätzliche Gesichtspunkte für die Würdigung des Richters entscheidende Bedeutung. So kann

²³⁰⁾ BGH NJW 73/1926; vergl. hierzu auch Begründung des Reg.-Entwurfs BT.-Drucksache V/2370 S. 38

etwa berücksichtigt werden, ob der als Vater in Anspruch Genommene zunächst die Vaterschaft anerkannt hatte ²³¹⁾, ob Zweifel an seiner Zeugungsfähigkeit bestehen ²³²⁾ oder auch, ob die Mutter von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat ²³³⁾. Hier sind also wieder "alle Umstände" ²³⁴⁾ uneingeschränkt zu berücksichtigen. Das Gutachten kann für den Richter dabei ein entscheidender "Anhaltspunkt" ²³⁵⁾ bleiben, in der Freiheit, seine Entscheidung auf andere Umstände -entgegen dem Gutachten- zu stützen, schränkt ihn hier das serostatistische Gutachten nicht mehr ein.

(c) Wahrscheinlichkeitswerte unter 90 %

Erreicht der Wahrscheinlichkeitswert des serostatistischen Gutachtens keine 90 %, kann hieraus allenfalls insoweit ein Rückschluß auf die Vaterschaft gezogen werden, daß die zunächst erfolgte serologische Untersuchung zumindest den in Anspruch Genommenen nicht als Vater ausgeschlossen hat und er daher noch als Vater in Betracht kommt. Ein positiver Hinweis auf die Vaterschaft ist hiermit nicht gegeben. ²³⁶⁾ Unterhalb eines Wahrscheinlichkeitswertes von 90 % kann der Richter also seine Überzeugung nicht mehr auf das Gutachten allein stützen, sondern ist auf andere Beweismittel und deren Würdigung zur Feststellung der Vaterschaft angewiesen (etwa Einholung des erbbiologischen Gutachtens, Zeugenaussagen u. a.).

231) OLG Koblenz FamRZ 75/50

232) BGH NJW 74/1428

233) OLG Karlsruhe DAV 74/499

234) Palandt, Rdn. 2 b zu § 1600 ⁰ BGB

235) BGH NJW 73/1926

236) Spielmann - Seidl NJW 73/2230

Selbst die exakten Wahrscheinlichkeitsaussagen serostatistischer Gutachten führen damit nicht zu einer Bindung des Richters in der Beweiswürdigung. Lediglich sehr hohe Wahrscheinlichkeitswerte von 99,8 % und mehr können zu einer gewissen Einschränkung der Freiheit richterlicher Würdigung führen²³⁷⁾, diese aber nicht völlig ausschließen.²³⁸⁾ Auch mit dem serostatistischen Gutachten ist also kein Fall der reinen Anwendung der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie gegeben. Die Beweiswürdigung bleibt auch hier noch neben dem Gutachten subjektiv beeinflusst.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß der für die richterliche Überzeugungsbildung ausschlaggebende Grad von Wahrscheinlichkeit jedenfalls nicht mit Hilfe der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie alleine bestimmt werden kann. Zur Beantwortung der Frage einer Bindung des Richters an Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe, bleibt damit nur die Möglichkeit zu untersuchen, auf welchen Grundlagen der Richter überhaupt zur Annahme eines zur Überzeugungsbildung ausreichenden Grades von Wahrscheinlichkeit bei der Beweiswürdigung kommt und inwieweit es die subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie erlaubt, einen bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrad mit ihrer Hilfe festzulegen.

237) der BGH lehnt ausdrücklich eine Bindung des Tatrichters ab
vergl. NJW 73/1926

238) zur "Sicherheit des medizinischen Gutachtens" allgemein,
Friedrichs in NJW 72/1114 ff.

IV. Schwedische Lösung

Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Blick auf das schwedische Zivilprozeßrecht.

Das schwedische Recht kennt den Begriff der "Überzeugung" in unserem Sinne in seinem Prozeßrecht nicht.²³⁹⁾ Die Beweislast wird vielmehr durch eine besondere Formulierung der materiellen Vorschrift geregelt.²⁴⁰⁾ Es heißt da etwa: Wenn A ist, so gilt B, sei sei denn, daß C gewiß, bzw. vermutlich, wahrscheinlich oder offenbar ist (hierbei werden auch noch andere Umschreibungen verwandt).

Diese Regelungen betreffen aber nicht nur die Beweislast, sondern regeln zugleich, mit welcher Stärke eine Tatsache bewiesen werden muß.²⁴⁰⁾ Das Maß der Wahrscheinlichkeit, das für eine zu beweisende Tatsache sprechen muß, wird in der materiellen Vorschrift zugleich mitgeregelt.

Dabei gehen die schwedischen Zivilprozessualisten davon aus, daß sich dieser so verlangte Grad von Wahrscheinlichkeit, der für eine zu beweisende Tatsache sprechen muß, nicht in Prozentziffern ausdrücken läßt.²⁴¹⁾ Sie meinen aber, mit den genannten Umschreibungen wie "vermutlich, wahrscheinlich, offenbar u.ä." trotzdem unterschiedliche Wahrscheinlichkeitsgrade verlangen zu können.

Zuzugeben ist dem schwedischen System, daß hier eine klarere Aussage über die im Einzelfall an die Beweisführung zu stellenden

239) Bolding, Sachaufklärung und Überzeugungsbildung im schwedischen Zivilprozeß, S. 58

240) Ekelöf in ZZP 75/298

241) Ekelöf in ZZP 75/295

Anforderungen möglich ist. Aber dennoch entscheidet auch nach dem schwedischen System ein bestimmter "Wahrscheinlichkeitsgrad" über die Beweiswürdigung.

Wenn man dies als "ehrliche Wahrscheinlichkeitsaussage und Wahrscheinlichkeitsabwägung" ²⁴²⁾ bezeichnet und die Beweiswürdigung damit als reines "Wahrscheinlichkeitskalkül" ²⁴³⁾ ansieht, bleibt doch das durch den Begriff der "Wahrscheinlichkeit" im Rahmen der Beweiswürdigung gestellte Problem das gleiche wie im deutschen Zivilprozeß.

Nie oben ausgeführt, ist im Rahmen der Beweiswürdigung eine an objektiven Maßstäben ausgerichtete graduelle Einteilung der Wahrscheinlichkeit nicht möglich.

Auch das schwedische System ist darauf verwiesen, die Entscheidung darüber, ob das mit der materiellen Vorschrift geregelte und geforderte Maß von Wahrscheinlichkeit erreicht ist, der subjektiven Einschätzung durch den Richter zu überlassen.

Das Problem verlagert sich für den schwedischen Richter damit lediglich. Für ihn geht es nicht um den Grad der Wahrscheinlichkeit, der zur "Überzeugungsbildung" ²⁴⁴⁾ notwendig ist, sondern für ihn stellt sich in jedem Einzelfall die Frage, ob der Grad von Wahrscheinlichkeit erreicht ist, der ihm in der materiellen Vorschrift vorgegeben ist. Die Beweiswürdigung als "Wahrscheinlichkeitskalkül" ²⁴³⁾ zu betrachten, erledigt also das Problem der Wahrscheinlichkeit und ihrer Bedeutung für den richterlichen Entscheidungsprozeß nicht, sondern verlagert es allenfalls.

242) Esser in Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, S. 12

243) Bolding, a. a. O. S. 61

244) Bolding, a. a. O. S. 58

C. Grundlagen richterlicher Überzeugungsbildung

I. Auf welchen Grundlagen kommt der Richter zur Annahme eines zur Überzeugungsbildung ausreichenden Grades von Wahrscheinlichkeit bei der Beweismwürdigung ?

Um festzustellen, wo die "Wahrscheinlichkeit" von Umständen bestimmt wird, die es erlauben, sie graduell einzuteilen, muß man sich zunächst vergegenwärtigen, auf welchen Grundlagen der Richter zu einer genügenden Wahrscheinlichkeit im Sinne einer "persönlichen Gewißheit" kommt, die den Zweifeln Schweigen gebietet ohne sie völlig auszuschließen. ²⁴⁵⁾

Zum einen wird der zur Überzeugungsbildung ausreichende Grad von Wahrscheinlichkeit wesentlich davon beeinflußt, mit Hilfe welches Beweismittels eine streitige Tatsache nachgewiesen werden soll. Deshalb kann zunächst nur eine Auseinandersetzung mit den gesetzlichen Beweismitteln ergeben, ob ein bestimmtes Beweismittel allein geeignet ist, einen bestimmten Grad von Wahrscheinlichkeit zu erzeugen.

Keiner der Autoren, die sich mit der Frage der Berücksichtigung von Wahrscheinlichkeitsmaßstäben bei der richterlichen Beweismwürdigung befaßt haben, hat für die Möglichkeit einer "Objektivierung" im Bereich des § 286 ZPO die unterschiedliche Bedeutung der einzelnen Beweismittel für diese Frage untersucht. ²⁴⁶⁾

245) hierzu etwa BGHZ 53/256; BGHZ 18/318; BGH VersR 59/632; BGH DRiZ 67/239; BGH DRiZ 69/53

246) so geht Blomeyer allein auf den Anscheinsbeweis ein, behandelt aber nicht die einzelnen Beweismittel; Blomeyer, Gutachten S. 16 ff. vergl. auch Kegel, a. a. O. S. 343

Ausgangspunkt der Überlegung, ob durch Berücksichtigung von Wahrscheinlichkeit bei der Überzeugungsbildung eine Objektivierung der Beweiswürdigung erreicht werden kann, muß aber die Auseinandersetzung mit den einzelnen Beweismitteln sein, da allein durch sie die Wahrscheinlichkeit erzeugt wird, die den Richter vom Vorliegen einer streitigen Tatsache im einzelnen Fall letztendendes überzeugt.

Es ist daher zunächst zu untersuchen, wie stark bei den einzelnen Beweismitteln die Wahrscheinlichkeit ist, die sie zu erzeugen in der Lage ist. 247)

Zum anderen sind aber für den Grad der erreichbaren Wahrscheinlichkeit nicht nur die einzelnen Beweismittel ihrer Art nach entscheidend. Wie der subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff deutlich erkennen läßt 248), wird der Grad der Wahrscheinlichkeit im Einzelfall wesentlich dadurch beeinflußt, als wie stark eine bestimmte - für den zu entscheidenden Fall herangezogene - allgemeine Erfahrung anzusehen ist. 249) Das beruht darauf, daß die Beweismittel allein nur die Grundlage der Beweiswürdigung bilden. Die Beurteilung, welcher Grad von Wahrscheinlichkeit hierdurch aber erzeugt wird, erfolgt erst unter Heranziehung von Erfahrung unterschiedlichster Art. Ob sich die "Tatsachenwürdigung", wie man diesen Vorgang bezeichnen könnte, nach objektiven und damit meßbaren Kriterien vollzieht, hängt allein von den jeweils verwendeten Erfahrungssätzen ab. 250)

Soweit sich nicht bereits bei den einzelnen Beweismitteln ergibt, daß mangels einer als "allgemein" zu bezeichnenden Erfahrung eine "Objektivierung" ausscheidet, ist weiter zu untersuchen, ob sich Erfahrungssätze, die bei der "Tatsachenwürdigung" vom Richter herangezogen werden, so einteilen lassen, daß unterschiedliche "Gruppen" von Erfahrungssätzen auch unterschiedliche Rückschlüsse auf den Grad der durch sie begründeten Wahrscheinlichkeit zulassen. 251)

247) hierzu unten S. 89 ff.

248) auf die nach der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie lösbaren Fälle wird unten gesondert eingegangen.

249) vergl. oben S. 56

250) zur Unterscheidung im einzelnen vergl. unten

251) hierzu unten S. 156 ff.

Da mit dem Wortlaut des § 286 ZPO klargestellt ist, daß nur Tatsachen, nicht aber Rechtsnormen, der freien Beweiswürdigung unterliegen²⁵²⁾, bleibt vorab zu klären, ob die für die Überzeugungsbildung herangezogenen Erfahrungssätze als "Rechtsbegriffe" aufzufassen sind²⁵³⁾, oder wegen ihres Zusammenhangs mit der unmittelbaren Tatsachenfeststellung noch dem Bereich der freien richterlichen Beweiswürdigung zuzurechnen sind.²⁵⁴⁾

Hier ergibt sich ein Problem der Abgrenzung Tatfrage - Rechtsfrage. Dabei läßt sich nicht ohne weiteres sagen, daß Erfahrungssätze generell nur der tatsächlichen Würdigung zuzurechnen sind.²⁵⁵⁾ Es ist hier vielmehr zu trennen zwischen Erfahrungssätzen, die bei der tatsächlichen Würdigung Anwendung finden und solchen, die der rechtlichen Würdigung dienen.²⁵⁶⁾ Von der "Tatsachenwürdigung" ist also die richterliche Würdigung, die von der Regelung des § 286 ZPO nicht mehr umfaßt wird,²⁵⁷⁾ zu trennen. Über die Frage, wann die Verwendung eines Erfahrungssatzes der rechtlichen oder tatsächlichen (und damit der von § 286 ZPO erfaßten) Würdigung zuzurechnen ist, findet sich keine einheitliche Auffassung.

252) vergl. Zöllner, § 286 ZPO Rdn. III, 2; Stein-Jonas § 286 ZPO, Rdn. I, 2 a

253) Rosenberg-Schwab, 11. Auflage § 116 I 1 :
"Das Bestehen eines Erfahrungssatzes, einer Rechtsnorm ist zwar eine Tatsache im logischen Sinne, aber keine Tatsache im Sinne des Beweisrechts."
Thomas-Putzo (Rdn. 4 b zu § 282 ZPO) trennt hier in Erfahrungssätze, die der unmittelbaren Tatsachenfeststellung oder der rechtlichen Subsumtion dienen.

254) Ausnahme natürlich § 293 ZPO, ausländisches Recht, Gewohnheitsrecht und Satzungsrecht

255) so Zöllner, zu § 286 ZPO, Rdn. III, 3

256) Wassermeyer - Der Prima-Facie-Beweis, S. 51 - sieht hier eine grundverschiedene Bedeutung der "Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung und bei der Feststellung" (mit umfangreichen Hinweisen)

257) vergl. Stein, Privates Wissen, S. 32; Stein-Jonas I zu § 286 ZPO I 2 c; Wieczorek (1976) D II zu § 286 ZPO, Band II. 2. Auflage

Die Rechtsprechung läßt eine klare Trennungslinie, wann sie einen Erfahrungssatz zur tatsächlichen Würdigung²⁵⁸⁾ zählt und wann zur rechtlichen²⁵⁹⁾ nicht erkennen. Entscheidend ist das außer für die obige Fragestellung insbesondere für Fragen der Revisibilität. Sieht man in den Erfahrungssätzen oder im Erfahrungswissen, wie Kuchinke es bezeichnet²⁶⁰⁾, Rechtsnormen bzw., da sie gesetzlich nicht geregelt sind, Normen des ungeschriebenen Rechts²⁶¹⁾, müssten sie insgesamt dem Bereich der rechtlichen Würdigung zugerechnet werden. Sie dürften jedenfalls für den Bereich der tatsächlichen Würdigung bei § 286 ZPO keine Berücksichtigung finden.

258) Erfahrungssatz als zur tatsächlichen Würdigung gehörig angenommen:
BGHST 11/12; BGHZ 1/341; BGHZ 3/283; RGZ 155/305; RGZ 158/374; RGZ 160/102 (Vorliegen einer unheilbaren Zerrüttung der Ehe); RGZ 160/238; RGZ 166/101; BGHZ 4/188 (schwere Verletzung der ehelichen Pflichten); BGHZ 10/74; BGHZ 19/282; BGHZ 22/380; RGZ 163/117; BGHZ 12/25; BGHZ 2/85; BGH NJW 73/1411, 2; Dabei ist bei den Entscheidungen schwer zu trennen, was noch tatsächliche Feststellung und was rechtliche Beurteilung ist.

259) Zur rechtlichen Würdigung gehörig angesehen:
BAG 2/179 ff.; BGHZ 4/120; BGHZ 6/372; BGHZ 12/339; OGH Köln MDR 50/156,7; RGZ 76/176; RGZ 99/71; RGZ 105/419 (Auslegung von Willenserklärungen)

260) Kuchinke, Grenzen, S. 187

261) So etwa Rosenberg, Lehrbuch § 116, II 2, der davon ausgeht, daß die Verwendung von Erfahrungssätzen im Gegensatz zur Tatsachefeststellung der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt.
RGZ 99/71 etwas einschränkend; RGZ 105/419.
Nach Wieczorek III Band (1957) Rdn. A II b 3 zu § 550 ZPO sind Erfahrungssätze "höhere Normen" außerhalb der Rechtsnormen. Erfahrungssätze werden zum "Rechtssatz" nach Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 1907, Band 2. S. 173, Rdn. 44, 45 und James Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1923, S. 163; vergl. auch Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, S. 158.

a.A. nicht Rechtsnormen, sondern "Hilfsmittel der Beweiswürdigung": Wassermeyer, Prima-Facie-Beweis, S. 60 ff.

Dies hätte zur Folge, daß die Erfahrungssätze allgemein als revisibel anzusehen wären, was dazu führen würde, daß jede Abgrenzung gegenüber nicht revisiblen Feststellungen des Tatrichters theoretisch unmöglich wird. ²⁶²⁾ ²⁶³⁾ Man wird der Bedeutung des Erfahrungssatzes im richterlichen Syllogismus aber nicht gerecht, wenn man ihn unterschiedslos als "Rechtsnorm" bezeichnet.

Dies wird an einem einfachen Beispiel deutlich. Wenn im Urteil etwa ausgeführt ist, daß der vom Kläger behauptete Unfallhergang auch nach Vernehmung der mitfahrenden Ehefrau -die den Unfallhergang im Sinne des Klägers bestätigt- nicht nachgewiesen ist, verwendet der Richter bei einer solchen Feststellung fast unmerklich einen Erfahrungssatz, daß Verwandte zugunsten der Angehörigen aussagen und somit wenig glaubhaft sind. ²⁶⁴⁾ Hier zeigt sich, daß der für die Tatsachenfeststellung herangezogene Erfahrungssatz nicht selbständige "Rechtsnorm" ist, sondern als Bewertung festgestellter Tatsachen Hilfstätigkeit ²⁶⁵⁾ für die Rechtsanwendung. Diese ist aber noch der Tatsachenfeststellung zuzurechnen.

Andere Bedeutung erlangt ein vom Richter herangezogener Erfahrungssatz, wenn mit seiner Hilfe etwa festgestellt werden soll, ob ein Verhalten des Beklagten den "guten Sitten" ²⁶⁶⁾ entsprochen hat.

Diese kurzen Beispiele machen bereits deutlich, daß es für die Frage, ob ein Erfahrungssatz als "Rechtsnorm" oder als zur Tatsachenfeststellung gehörig angesehen werden kann, entscheidend darauf ankommt, wann und zu welchem Zweck es zu seiner Anwendung gekommen ist und welches Ergebnis aus ihm abgeleitet wird. Erfahrungssätze gehören zur "Tatfrage", wenn sie bei der Beweiswürdigung verwertet wurden. Wird der Erfahrungssatz dagegen verwandt, um einen (bereits festgestellten)

262) Kuchinke, Grenzen S. 191

263) schon Wach, JW 1881/74, hatte bestimmte Erfahrungssätze der revisionsrechtlichen Prüfung entzogen; zur Abgrenzung auch Stein, Privates Wissen, S. 107 ff.

264) vergl. hierzu etwa auch Stein, a. a. O. S. 12/13

265) Wassermeyer, der Prima-Facie-Beweis, S. 60, der die Erfahrungssätze ganz allgemein als Hilfsmittel der Beweiswürdigung bezeichnet.

266) dies wäre eine Frage der Auslegung "unbestimmter Rechtsbegriffe"

tatsächlichen Vorgang unter einen gesetzlichen Oberbegriff zu subsumieren, so liegt eine "Rechtsfrage" vor.²⁶⁷⁾ Wird also vom Richter ein Erfahrungssatz herangezogen, um zu bestimmen, welcher Sachverhalt verwirklicht ist, so gehört dies noch in den Bereich der Beweiswürdigung.²⁶⁸⁾

Ist dagegen zu entscheiden, welche Sachverhalte vom Gesetz gemeint sind, liegt die Verwertung von Erfahrungssätzen für diese richterliche Aufgabe außerhalb der hier interessierenden Frage der "freien Beweiswürdigung".^{269) 270) 271)}

267) vergl. Stein in : Die Bindung des Tatrichters nach § 565 II ZPO, JW 1922/1491

268) Kuchinke, Grenzen S. 228: "Um zu einer vernünftigen Einschränkung der Revisibilität zu gelangen, ist in allen Fällen zunächst die Frage zu klären, ob die jeweilig zu treffende Feststellung vom Tatrichter nach seiner freien persönlichen Überzeugung zu treffen ist. Das ist stets dann der Fall, wenn die zu treffende Feststellung in den Bereich einer Tatfrage fällt."

269) Kuchinke, a. a. O. S. 198/199

270) Auch Mezger, Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß, S. 182: "Der Richter ist frei in der Verwendung seines privaten Wissens an beliebigen Erfahrungssätzen; eine Nachprüfung in der Richtung, ob der Unterrichter beim Erschließen der von ihm festgestellten Tatsachen von richtigen Erfahrungssätzen ausgegangen ist oder nicht, würde einen unzulässigen Eingriff des Revisionsrichters in das Gebiet des Tatrichters bedeuten."

271) In diesem Sinne unterscheidet auch Thomas-Putzo, Rdn. 4 b zu § 286 ZPO bei den Erfahrungssätzen, vergl. auch oben S. 86. Unterscheidet man die Erfahrungssätze in dieser Weise in ihrer unterschiedlichen Bedeutung für die richterliche Entscheidung, kann kein Zweifel bestehen, daß die zur Tatsachenfeststellung herangezogenen Erfahrungssätze in den nach § 286 ZPO zu beurteilenden Bereich der freien richterlichen Beweiswürdigung fallen.

II. Ist bei den einzelnen Beweismitteln mit Hilfe der Wahrscheinlichkeit ein Beweismaß bestimmbar, das eine Bindung des Richters rechtfertigen würde ?

Daß es bei der Überzeugungsbildung des Richters einen erheblichen Unterschied macht, ob eine streitige Tatsache etwa durch eine Zeugenaussage oder ein Sachverständigengutachten nachgewiesen werden soll, wurde oben bereits angedeutet.²⁷²⁾ Ob die einzelnen Beweismittel aber tatsächlich geeignet sind, in einem unterschiedlichen Maße einen - objektivierbaren - Grad von Wahrscheinlichkeit zu erzeugen, der den Richter dann im einzelnen Fall zur Feststellung bestimmter streitiger Tatsachen zwingt, soll im folgenden untersucht werden. Die Frage ist also, ob ein bestimmtes Beweismittel (des § 286 ZPO) allein geeignet ist, einen bestimmten Grad von Wahrscheinlichkeit zu erzeugen.

1. Ermittlung eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrades für die Überzeugungsbildung beim Augenschein

a) Begriff des Augenscheins

"Die Einnahme des Augenscheins (die "leibliche Beweisung" des deutschen Rechts)²⁷³⁾ ist jede Sinneswahrnehmung des Gerichts unmittelbar über körperliche Eigenschaften oder Zustände von Personen und Sachen oder über Äußerungen, die in einer Schallaufnahme festgehalten sind."²⁷⁴⁾

272) vergl. oben S. 9 ff.

273) hierzu Osterloh, Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses, Bd. I, S. 345

274) Rosenberg, Lehrbuch, 11. Aufl. § 121 I, S. 627

Aus der unmittelbar²⁷⁵⁾ eigenen Sinneswahrnehmung des Gerichts ergibt sich der besondere Beweiswert des Augenscheins. Denn weder eine Urkunde noch der Zeugenbeweis²⁷⁶⁾ ermöglichen dem Gericht eine unmittelbare Wahrnehmung über Eigenschaften einer Urkunde oder eines Zeugen²⁷⁷⁾. Es wird in diesen Fällen allenfalls ein Gedankeninhalt vermittelt.

Der Sonderfall der Tonaufnahme mit der Problematik, ob er als unmittelbare Wahrnehmung im Sinne des Augenscheins angesehen werden kann, soll hier nicht gesondert behandelt werden.²⁷⁸⁾

Mit der oben angeführten Definition des Augenscheins und mit der Befassung von Sonderproblemen wie etwa Tonband u. ä.²⁷⁹⁾ erschöpft sich die Auseinandersetzung mit diesem Beweismittel in den Kommentaren und in der Literatur.²⁸⁰⁾

Auch hier soll für das Problem der Bestimmung des Beweiswertes die Untersuchung auf den normalen Fall des Augenscheins beschränkt werden, indem der Richter des Amtsgerichts selbst z. B. den angeblichen Mangel "in Augenschein nimmt."

275) Hainmüller, Anscheinsbeweis, S. 21 - verlangt allerdings für die Annahme einer Unmittelbarkeit bei der Tatsachenfeststellung neben der eigenen auch eine aktuelle Wahrnehmung des Beurteilers.

276) vergl. unten S. 95 ff.

277) Zöller, Rdn. 2 zu § 371 ZPO, Thomas-Putzo Vor § 371 ZPO Rdn. I

278) wohl zu Recht passend der Begriff "Augenschein im technischen Sinn". Zu der Streitfrage insgesamt: Stein-Jonas Vor § 371 ZPO II 3; entgegen Thomas-Putzo, Vor § 371 ZPO Rdn. 1, der die Tonaufnahme jedoch auch letztlich als Augenscheinsbeweis ansieht. Zudem tritt für die Beweiswürdigung im Falle des Bestreitens der Echtheit des Bandes eine weitere Frage auf. Zu den Tonaufnahmen: Pleyer ZZP 69, S. 320 ff.; Siegert NJW 57/689; Zur entsprechenden Anwendung der Vorschriften des Urkundsbeweises vergl. Rosenberg, 11. Aufl. § 113 III 1 b; Diicher, Die prozessuale Verwendungsbefugnis, ACP 158/469 ff., 491 ff.

279) so etwa Thomas-Putzo Rdn. 3 vor § 371 ZPO für Schallplatten, Lochstreifen, audiovisuelle Bänder, Computer, Bildbänder.

280) vergl. Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, 2. Aufl., § 29, S. 130

Probleme des "Augenscheinsgehilfen" ²⁸¹⁾ oder die Zuziehung von Sachverständigen zur Augenscheinseinnahme ²⁸²⁾ (§ 372 ZPO) soll hier außer Betracht bleiben. ²⁸³⁾

b) Der Vorgang der Überzeugungsbildung beim Augenscheinsbeweis

Beim Augenscheinsbeweis nimmt der Richter selbst die streitige im Prozeß nachzuweisende Tatsache wahr. ²⁸⁴⁾ So wird etwa ein Augenschein eingenommen, wenn der Straßenverlauf oder Sichtverhältnisse an einem Unfallort in einem Prozeß streitig sind.

Oder er sieht sich den Bezug des gekauften Sessels auf einen Webfehler hin an, wenn vom Verkäufer dieser Fehler bestritten wird.

Wegen dieser Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme wird für den Augenscheinsbeweis vertreten, daß bei ihm für eine besondere Beweiswürdigung kein Raum sei. ²⁸⁵⁾

Richtig ist hieran, daß sich der Vorgang der Beweiswürdigung tatsächlich beim Augenschein wesentlich vereinfacht. Hat - wie oben angenommen - der Augenschein vor dem erkennenden Richter selbst stattgefunden, so besteht die Würdigung nur in der Schlußfolgerung aus

281) die Frage also, ob im Falle unüberwindlicher Hindernisse sich das Gericht eines derartigen Gehilfen bedienen darf. Hierbei tritt dann die Frage auf, ob noch ein Augenschein vorliegt oder ob die Angaben des Gehilfen bei Angaben über Wahrnehmungen als Zeugenaussagen zu würdigen sind, im Falle von Schlußfolgerungen, die der Gehilfe zieht, als Sachverständigengutachten; Lent in ZJP 60/9 ff., 23 ff.

Zur Frage der Schlußfolgerung vergl. Pieper in ZJP 84/11.

282) ebenso § 372 a ZPO für die Besonderheiten, die sich für den Abstammungsprozeß ergeben.

283) die sich hier aus der Zeugen- bzw. Sachverständigenstellung weiter für die Beweiswürdigung ergebenden Fragen werden im Rahmen von Zeugen- und Sachverständigenbeweis behandelt. Diese Frage soll daher hier außer Betracht bleiben.

284) vergl. etwa Stein, Privates Wissen, dort S. 8

285) Schneider, a. a. O. S. 130

dem selbst Gesehenen. Es ist also im richterlichen Syllogismus - würdigend - nur noch die Folgerung zu ziehen, ob die im Gesetz angeordnete Rechtsfolge nunmehr hier einzutreten hat oder nicht. Dabei kann allerdings in dieser Subsumtion noch eine ganz erhebliche rechtliche Problematik stecken.

Eine Würdigung hat dann z.B. dahin zu erfolgen, ob die im Rahmen des Augenscheins festgestellte Beschädigung so erheblich ist, daß das Minderungsbegehren berechtigt ist. ²⁸⁶⁾

Infolge der Unmittelbarkeit der Wahrnehmung durch den erkennenden Richter selbst, entfällt nur die Würdigung des "Untersatzes", also hinsichtlich der eigentlichen Tatsachenfeststellung. ²⁸⁷⁾ Zu einer Würdigung der festzustellenden Tatsachen durch den Richter kommt es beim Augenschein nicht mehr. ²⁸⁸⁾

c) Die Bedeutung eines bestimmten Grades von Wahrscheinlichkeit beim Augenschein

Mit dieser Analyse des Vorganges der Überzeugungsbildung beim Augenscheinsbeweis ist noch nicht beantwortet, welche Rolle ein bestimmter Grad von Wahrscheinlichkeit für den Richter hier spielen kann.

286) hierbei handelt es sich um die Würdigung - z.B. - unbestimmter Rechtsbegriffe oder Auslegung gesetzlicher Vorschriften. Das betrifft dann aber die rechtliche, nicht die tatsächliche Würdigung i.S.d. § 286 ZPO.

287) wie eben unbedingt z.B. beim Zeugenbeweis notwendig. Vergl. hierzu auch Stein, Privates Wissen, S. 12 : er geht davon aus, daß der Richter sich beim Augenschein ein "Wahrnehmungsurteil" bildet. (Dabei stammt die Bezeichnung "Untersatz" als reines Tatsachenurteil von Stein, was Hainmüller terminologisch gleichbedeutend übernimmt)

288) so wohl auch Lent in ZJP 60/37, wenn er ausführt: "Daher darf das Prozeßgericht nicht einfach aufgrund freier Würdigung die Wahrnehmung des ersuchten Richters als unrichtig bezeichnen und in den Gründen ausführen, wie es zu dieser "Beweiswürdigung" gekommen ist. Es hat die Wahrnehmung des ersuchten Richters zugrunde zu legen oder muß einen neuen Augenschein anordnen."

Ob ein unterschiedlicher Grad von Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer Tatsache spricht, ist nur dort von Bedeutung, wo eine Beurteilung oder Würdigung im eigentlichen - auf die tatsächliche Würdigung bezogenen - Sinn auch erfolgen muß, nicht aber dort, wo der entscheidende Richter die streitige Tatsache selbst unmittelbar wahrnimmt. Die Frage eines bestimmten Grades von Wahrscheinlichkeit stellt sich daher beim Augenscheinsbeweis in diesem Sinn für die Tatsachenfeststellung nicht, denn es besteht beim Augenschein nur die Möglichkeit - z.B. eine behauptete Beschädigung - wahrzunehmen oder nicht und damit dann auch festzustellen oder nicht. Daß für eine nachzuweisende Tatsache nur ein mehr oder weniger starker Grad von Wahrscheinlichkeit spricht, ist nicht möglich.

2. Ermittlung eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrades für die Überzeugungsbildung beim Urkundenbeweis

a) Begriff des Urkundenbeweises

Die ZPO betrachtet als Urkunde nur die schriftliche Urkunde, d.h. die Verkörperung einer Gedankenäußerung in üblichen oder vereinbarten Wortzeichen. ²⁸⁹⁾

Weiter unterscheidet die ZPO zwischen öffentlichen Urkunden (§ 415 ZPO) und Privaturkunden (§ 416 ZPO).

289) so z.B. Rosenberg, § 122 I, S. 631; Stein-Jonas II vor § 415 ZPO Rdn. 1, anders dagegen der strafrechtliche Urkundsbegriff, der hiermit nicht verwechselt werden darf. Hierzu etwa: Diethelm Kienapfel, Urkunden im Strafrecht

b) Beweiswürdigung beim Urkundenbeweis

Das Gesetz regelt beim Urkundenbeweis selbst den Umfang der Beweiskraft.

aa) Für die öffentliche Urkunde gilt dabei, daß sie vollen Beweis des beurkundeten Vorgangs bringt (§§ 415 ff. ZPO).

bb) Die Privaturkunde erbringt Beweis, daß die in der Urkunde enthaltene Erklärung vom Aussteller abgegeben ist (formelle Beweiskraft) 290)

Es steht daher bei der Urkunde lediglich noch ihre Auslegung oder rechtliche Wirksamkeit (wie etwa nicht eingehaltene Formvorschriften) infrage. Beides liegt jedoch außerhalb der tatsächlichen Beweiswürdigung des § 286 ZPO, im Bereich der rechtlichen Würdigung.

Im Geltungsbereich der gesetzlich bindenden Beweisregeln ist daher von vorneherein die freie Beweiswürdigung ausgeschlossen.

c) Die Bedeutung eines bestimmten Grades von Wahrscheinlichkeit beim Urkundenbeweis

Diese sonst zu stellende Frage ist beim Urkundenbeweis nicht aufzuwerfen, da der Richter aufgrund der bindenden Beweisregeln -zumindest soweit diese Regeln reichen- gar nicht zur "freien" Würdigung kommt. Diese Bindung schließt also die Frage nach einem bestimmten Grade von Wahrscheinlichkeit bei der Überzeugungsbildung des Richters aus.

290) Stein-Jonas, zu § 416 ZPO Rdn. 11

3. Ermittlung eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrades beim Zeugenbeweis

Anders als beim Augenschein erlangt der Richter beim Zeugenbeweis von einer behaupteten aber bestrittenen Tatsache nicht unmittelbar²⁹¹⁾, sondern mittelbar Kenntnis. Der Zeuge berichtet über sein Wissen von der fraglichen Tatsache. Bei der Fehlbarkeit menschlicher Wahrnehmung und Erinnerung und bei der (bewußten oder unbewußten) Voreingenommenheit beteiligter Zeugen ist stets eine mehr oder weniger starke Zurückhaltung geboten. Der Zeugenbeweis wird deshalb wohl zu Recht als die neben der Parteivernehmung unsicherste Beweisart angesehen.²⁹²⁾

Eine solche Beurteilung des Zeugenbeweises läßt sich schwer damit vereinbaren, klare Aussagen über einen für § 286 ZPO bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrad machen zu wollen.

Fraglich ist, worauf diese angebliche Unverläßlichkeit des Zeugenbeweises zurückzuführen ist.

291) Stein-Jonas, vor § 373 ZPO, Rdn. IV Zum Begriff der Unmittelbarkeit der Tatsachenfeststellung; Hainmüller differenziert hier; er versteht darunter nur "eigene und aktuelle Wahrnehmung" des Richters, Hainmüller in Anscheinsbeweis, S. 21

292) So z.B. Stein-Jonas, a. a. O.; Rosenberg, 11. Aufl. S. 637 § 123 I; Bohne in SJZ 1949/9; Baumbach-Lauterbach vor § 373 ZPO, Rdn. 1 c; Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, 2. Aufl. S. 135; Deshalb wohl auch in anderen Ländern Aus-schluß des Zeugenbeweises bei bedeutenderen Angelegenheiten: vergl. Nagel, Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß, 1967, S. 283; Auch Baumbach-Lauterbach, a. a. O.: "Es ist ein Denkmal der Menschenkunde, wenn § 1341 ff. Code Civil den Zeugenbeweis bei einem Streitwert über einem bestimmten Betrag in Frankreich ausschließen."

a) Vorgang der Überzeugungsbildung beim Zeugenbeweis

Grundsätzlich ist der Vorgang der Überzeugungsbildung beim Nachweis einer Tatsache durch Zeugenaussagen gleich wie bei anderen Beweismitteln. Eine Tatsache wird bestritten, von einem Zeugen jedoch bestätigt. Aufgrund dieser so festgestellten Tatsache wird dann im Rahmen der Subsumtion z.B. auf die Kausalität oder ein anderes Merkmal eines Anspruches geschlossen. Dies wäre zunächst der normale Vorgang wie sich regelmäßig die Überzeugungsbildung vollzieht.

Dennoch unterscheidet sich der Vorgang der Überzeugungsbildung beim Zeugenbeweis wesentlich von dem Nachweis durch andere Beweismittel. Beim Zeugenbeweis beruht der Vorgang der Beweiswürdigung nicht auf dem einzigsten Schluß des Richters von dem Beweismittel auf die zu beweisende Tatsache. Hinzukommen muß beim Zeugenbeweis als weiterer - zweiter - beurteilender Vorgang des Richters die Prüfung und Würdigung der Person des Zeugen und damit seiner Glaubwürdigkeit.

Diese auf die Glaubwürdigkeit des Zeugen bezogene Würdigung zwingt den Richter regelmäßig, die Möglichkeit der Verwertung der durch den Zeugen nachzuweisenden Tatsache jeweils an dem Grad der Glaubwürdigkeit des Zeugen - dem schwächsten Glied der Kette der Überzeugungsbildung - zu messen. Wie schwach dieses Glied im Rahmen der Gesamtwürdigung ist, zeigt sich darin, daß die Glaubwürdigkeit des Zeugen eine absolute Einzelfallfrage ist, die keinerlei Objektivierung und damit Meßbarkeit zuläßt. Selbst Erfahrungen können hier wegen der Individualität des einzelnen kaum mehr als eine vage Orientierungshilfe sein. Hier ist der Richter auf allgemeinste Lebenserfahrung angewiesen. ²⁹³⁾

293) vergl. hierzu unten S. 106

b) Methoden für die Ermittlung der Verlässlichkeit des
Zeugenbeweises

Diese Tatsache allein schließt aber noch nicht die Möglichkeit aus, den Versuch zu unternehmen, auch für die Richtigkeit einer Zeugenaussage einen bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrad zu ermitteln.

Denn ließe sich die Glaubwürdigkeit eines Zeugen feststellen, wäre im Falle der angenommenen Glaubwürdigkeit zunächst ein wesentlicher Unsicherheitsfaktor des Beweismittels beseitigt. Aber auch nur in dem Falle, in dem eine verlässliche Bestimmung der Glaubwürdigkeit eines Menschen erreicht werden kann, wäre an die weitere Möglichkeit zu denken, einer Zeugenaussage überhaupt einen in etwa bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrad beizulegen.

aa) Bemühungen einer solchen Bestimmung im Strafprozeß

Im Strafrecht werden verschiedentlich Versuche unternommen, für Zeugenaussagen eine bestimmte Glaubwürdigkeit anzunehmen.

Döhring legt sich dabei nicht auf eine genaue Bestimmbarkeit fest, sondern spricht in diesem Zusammenhang lediglich von "Verlässlichkeitsanzeichen".²⁹⁴⁾ Dies wird auch gleich verständlich, wenn man nachprüft, was er hierfür heranzieht. So werden von ihm Schlußfolgerungen aus der Physiognomie²⁹⁵⁾ sowie aus Gestik und Minenspiel²⁹⁵⁾ gezogen, wobei er von

294) Döhring, Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß 1964, S. 67

295) Döhring, a. a. O. S. 69; die Physiognomie spricht auch Schneider, Beweis und Beweiswürdigung S. 139 an, wobei auch bei ihm auf die mangelnde Verlässlichkeit hingewiesen wird.

letzteren annimmt, daß sie brauchbare Hinweise auf die Vertrauenswürdigkeit liefern. 296)

Solche und ähnliche rein subjektive Kriterien erlauben aber keinesfalls eine tragfähige Begründung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen. Kriterien wie Gestik und Minenspiel können allenfalls im Rahmen allgemeiner Lebenserfahrung Berücksichtigung finden.

Für die Glaubwürdigkeit des Zeugen kommt es jedenfalls auch auf die subjektive Einschätzung des Zeugen durch den Richter an. Diese Einschätzung kann nach Kriterien wie den oben genannten nur äußerst unzuverlässig erfolgen. Deshalb kann die Frage, ob objektive Gesichtspunkte, wie etwa das lange Zurückliegen eines Ereignisses oder die

-
- 296) ähnlich noch auf weitere Einzelfälle eingehend Peters, Strafprozeß, 1966, § 44 S. 314 ff., Grundzüge der Aussagepsychologie; dabei wird zunächst der für die Aussage bedeutende Wahrnehmungsvorgang analysiert. Insbesondere geht er auf Seite 330 ein auf: befangene, ängstliche Aussage, oberflächliche Aussage, weitschweifige Aussage, redelustig, geltungsbedürftig, phantasievoll, eigensinnig u.ä.
Döhring, a. a. O. S. 137 ff. sieht das als "typische Fehlerquellen" einer fehlerhaften allgemeinen Einstellung des Zeugen an.
- 297) Diese "subjektive Einschätzung des Zeugen" wäre bezogen auf innere Vorgänge bei dem Zeugen wie:
- a) unbewußte Voreingenommenheit vergl. Panhuysen, a. a. O. S. 13;
 - b) Fähigkeit, das Wahrgenommene getreu im Gedächtnis zu behalten, Döhring, a. a. O. S. 96
 - c) Beeinflussung von Wahrnehmung und Erinnerung durch Suggestion und Voreingenommenheit, Döhring, a. a. O. S. 96;
 - d) genügendes Maß von Willen zur Bekundung der Wahrheit, ebenfalls Döhring, a. a. O. S. 96
 - e) Einschätzung der Wirkung der Hauptverhandlung auf den Zeugen, Panhuysen, a. a. O. S. 12
 - f) Mitschuldkomplex, Panhuysen, a. a. O. S. 13
 - g) möglicherweise auch Eigenarten infolge der Prägung durch Berufseigenschaften, vergl. Panhuysen, a. a. O. S. 13 mit Hinweis auf Peters Strafprozeß § 44 III 3 a
 - h) Bildung, Begabung, Urteilskraft, Erziehung, vergl. Baumbach-Lauterbach Rdn. 1 c vor § 373 ZPO.

Kompliziertheit des zu Bekundenden ²⁹⁸⁾ 299), zu einer bestimmten Verlässlichkeit (bzw. Unzuverlässigkeit) führt, dahinstehen.

Ähnliche Versuche wie Döhring stellt auch Panhuysen an. Als Kriterien, die eine Aussage glaubhaft machen, sieht er an: Widerspruchslosigkeit der Aussage, innere Wahrscheinlichkeit oder "Stimmigkeit" ³⁰⁰⁾.

Dabei geht er aber davon aus, daß dem Richter letztlich die Person des Zeugen bürgt. ³⁰¹⁾ Auch er sieht als schwächsten Punkt der Überprüfung der Glaubwürdigkeit die Beurteilung des Zeugen in subjektiver Hinsicht an, auch wenn dieses Glaubwürdigkeitsurteil auf der Glaubhaftigkeit oder "Stimmigkeit" der Tatsachen aufbaut, die der Zeuge gehört oder gesehen haben will. ³⁰²⁾

Als Sonderfall wird bei Panhuysen die beeidete Aussage behandelt. Hier darf der Richter dem Zeugen Glauben schenken, wenn er seine Aussage unter Eid gemacht hat. Der Eid wird als einziges verfahrensmäßiges Mittel angesehen, die Glaubwürdigkeit des Zeugen zu prüfen. ³⁰³⁾ ³⁰⁴⁾

Der Eid bleibt aber auch hier nur "verfahrensrechtliches Mittel" zur Veranlassung einer wahren Aussage, die Glaubwürdigkeit des Zeugen selbst vermag er nicht zu beeinflussen. Daß die eidliche Aussage nicht zu einer gesteigerten Glaubwürdigkeit eines Zeugen führt, hatte auch schon das

298) Döhring, a. a. O. S. 129 mit weiteren Ausführungen

299) Schneider, Beweis S. 142 ff. entwirft ein "übersichtliches System" der typischen Fehler bei der Würdigung von Zeugenaussagen

300) Panhuysen, a. a. O. S. 35

301) Panhuysen, a. a. O. S. 15

302) Schneider, Beweis S. 141: Er sieht in der Beurteilung des Inhalts der Aussage des Zeugen das größere Gewicht nicht in dem persönlichen Eindruck, ohne jedoch die Bedeutung des persönlichen Eindrucks selbst vollends auszuschließen.

303) Zur Bedeutung des Zeugeneides auch Bosch, Grundsatzfragen des Beweisrechts, S. 14 ff.

304) Panhuysen, a. a. O. S. 7

RG ausgesprochen. ³⁰⁵⁾ Nicht die Vereidigung, sondern die innere Stellungnahme des Richters zu der Glaubwürdigkeit des einzelnen Zeugen ist danach maßgebend. Also auch die Beeidigung eines Zeugen kann letztlich nicht einen bestimmten Grad von Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der behaupteten Tatsache begründen.

Peters ³⁰⁶⁾ geht davon aus, daß es nicht möglich ist, abstrakt über den Wert oder Unwert eines Beweismittels Regeln aufzustellen. Nur aus der unmittelbaren Kenntnis des Beweismittels, aus der Gesamtbetrachtung des Spiels der verschiedenen Kräfte und der gegenseitigen Abwägung der verschiedenen Möglichkeiten kann der Richter das richtige Bild gewinnen. ³⁰⁶⁾ Diese von Peters für den Strafprozeß vertretene Ansicht muß für den Zivilprozeß bestätigt werden.

Hängt beim Zeugenbeweis die tatsächliche Würdigung eben unvermeidbar mit der weiteren Würdigung der Glaubwürdigkeit des Zeugen zusammen, einer Würdigung, die ihrerseits, da sie ausschließlich auf persönlichem Eindruck beruht und von allgemeinsten Lebenserfahrung des entscheidenden Richters beherrscht wird, so ist im Fall des Zeugenbeweises eine Objektivierung und Meßbarkeit des Wertes einer Aussage nicht möglich.

305) zur ursprünglichen Bedeutung vgl. Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 1885, Strafprozeß 1, S. 107, § 46: Der Entwurf setzt als selbstverständliche Regel voraus, daß in den Strafsachen, welche zum Hauptverfahren gelangen, jede Aussage zu beschwören ist, wenn nicht ein vom Gesetz vorgeschriebener Grund zur Nichtvereidigung vorgesehen ist. Da also die gesetzliche Anordnung des Eideszwanges auf der Annahme beruht, daß die Beeidigung den Zeugen zur Aussage der Wahrheit bewegen werde, so ist es nicht bloß gerechtfertigt, sondern geboten, die Beeidigung da zu unterlassen, wo jene Annahme erfahrungsgemäß nicht zutrifft, die Glaubwürdigkeit einer Aussage also durch die Beeidigung nicht herbeigeführt werden kann. - Stein-Jonas, Rdn. 3 c zu § 391 ZPO verneint für den Zivilprozeß eine solche Bindung; Beeidigung führt zu keiner Bindung in der Beweiswürdigung und umgekehrt. Ebenso Rosenberg, 11. Aufl., § 123 VIII; RG Warn. 1937/30; RGST 68/310.

306) Peters Strafprozeß (1966), § 37 XI

Dies ist das Ergebnis der Überlegung, daß für die Bestimmung eines bestimmten Grades von Wahrscheinlichkeit (hier für das Zutreffen der Tatsachenangaben durch den Zeugen) bezüglich der zu beurteilenden Beweismittel alle für die Beurteilung des Beweismittels maßgebenden Kriterien meßbar, bzw. bestimmbar sein müssen.

Das Fehlen einer Möglichkeit, die Glaubwürdigkeit eines Zeugen in subjektiver Hinsicht zu bestimmen, läßt somit zugleich die Möglichkeit entfallen, überhaupt objektiv den Grad der Verlässlichkeit einer Zeugenaussage festzulegen. ³⁰⁷⁾

bb) Das Problem des "Glaubwürdigkeitsgutachtens"

Im Strafverfahren wie auch im Zivilprozeß wird als Kriterium zur Bestimmung der Glaubwürdigkeit noch das sogenannte "Glaubwürdigkeitsgutachten" diskutiert. ³⁰⁸⁾ Zur Diskussion über diesen Weg ist es gekommen, da es der Fortschritt der modernen Psychologie und der zeitgenössischen Psychiatrie erlaubt, in wissenschaftlich begründeter Weise, die Glaubwürdigkeit einer Person zu analysieren. ³⁰⁹⁾ Im Strafprozeß ist die Diskussion über das Glaubwürdigkeitsgutachten dabei schon älter als im Zivilprozeß. ³¹⁰⁾

307) Im Ergebnis bestätigen dies:
Thomas-Putzo, Rdn. 2 zu § 286 ZPO; Zöllner, 11. Aufl., Rdn. II zu § 286 ZPO; RG JW 1931/3333.

308) Schneider, Beweis S. 137. Das Schwergewicht der hier inzwischen vorhandenen Darstellungen liegt im Strafverfahren. Die Zivilrechtspraxis und ihre Besonderheiten werden von der Aussagepsychologie vernachlässigt.

309) Stein-Jonas vor § 373 ZPO VI, c

310) vergl. z.B. Stern, Zur Psychologie der Aussage ZStrW 22/315

Beim Glaubwürdigkeitsgutachten ³¹¹⁾ steht nicht die Auseinandersetzung mit der Aussage der Zeugen (dem einen Punkt der angesprochenen Doppelwürdigung) im Mittelpunkt, sondern Mittelpunkt dieses Gutachtens ist die "Persönlichkeit des Zeugen und sein Verhältnis zu Wahrheit und Unwahrheit". ³¹²⁾ Wobei schon offenbleiben muß, inwieweit bei einer dabei festgestellten "allgemeinen Glaubwürdigkeit" auf die Glaubwürdigkeit in der jeweiligen Sache geschlossen werden kann. ³¹³⁾ Denn es wird von Sachverständigen nur etwas über die Persönlichkeit des Zeugen gesagt. Der Zeuge wird also selbst Gegenstand des Beweises. Es wird Beweis über das "Beweismittel Zeuge" erhoben. Letztlich wird beim Glaubwürdigkeitsgutachten der Zeuge Objekt eines Verfahrens, mit dem er eigentlich nur aufgrund seiner allgemeinen staatsbürgerlichen Pflicht zur Zeugniserstattung zu tun hat.

Im Strafprozeß gehen diese Bestrebungen auf die Jahrhundertwende zurück ³¹⁴⁾ und auch das RG hat schon früh zu erkennen gegeben, daß es der Verwertung solcher Gutachten nicht ablehnend gegenübersteht. ³¹⁵⁾ Ein wesentlicher Grund dafür, das Glaubwürdigkeitsgutachten in diese Überlegung einzubeziehen, war das Bestreben, die im Zeugenbeweis liegenden Fehlermöglichkeiten und die tatsächlichen Mängel zu eliminieren. ³¹⁶⁾

311) Anders als die oben angesprochene Frage, ob über den Weg des Glaubwürdigkeitsgutachtens letztlich ein derartiger Grad von Wahrscheinlichkeit erreicht werden kann, daß der Richter zur Feststellung der ausgesagten Tatsache gebunden wäre, wird gerade im Strafrecht die Frage in den Fällen jugendlicher Zeugen in Sittlichkeitsprozessen noch in anderer Richtung behandelt. Dort wird diskutiert, wo der Richter ohne Gutachten sich ein Urteil nicht bilden darf. Eine Bindung dann, nur entsprechend dem Gutachten entscheiden zu dürfen, ist damit allerdings nicht verbunden; vergl. etwa BGHSt 3/27; 23/12; 7/82.

312) Stein-Jonas vor § 373 VI, c

313) Panhuysen, a. a. O. S. 37

314) Bohne in SJZ 49/9, auch Stern, a. a. O. S. 315

315) RGST 40/48 ff.

316) Bohne in SJZ 49/9

Daß die oben zunächst erörterten Anhaltspunkte für den Zeugenbeweis nicht zur Bestimmung eines objektiv meßbaren Grades von Wahrscheinlichkeit für die Überzeugungsbildung des Richters führen können, bedarf wohl keiner näheren Erörterung.

Aber auch das Glaubwürdigkeitsgutachten als Ergänzung des Zeugenbeweises kann für die Überzeugungsbildung des Richters keinen derart verläßlichen Grad von Wahrscheinlichkeit begründen.

Zum einen gibt ein solches Gutachten allenfalls Auskunft über die Persönlichkeit des Zeugen und sein Verhältnis zu Wahrheit und Unwahrheit im allgemeinen.³¹⁷⁾ Der Richter hat sich jedoch Gewißheit über die Zuverlässigkeit des Zeugen bei seiner Aussage im konkreten Fall zu verschaffen. Es bleibt ihm also auch unter Zuhilfenahme eines Glaubwürdigkeitsgutachtens in der Regel kein anderer Weg, als sich über die allgemeine an die besondere Glaubwürdigkeit des Zeugen im einzelnen Fall heranzutasten.³¹⁸⁾

Unter diesen Gesichtspunkten kann ein solches Gutachten bestenfalls als Orientierungspunkt, nicht aber als objektiver Maßstab bei der Verwertbarkeit der Aussage eines Zeugen angesehen werden.

Wesentlich schwerwiegendere Bedenken gegen die Verwertbarkeit eines Glaubwürdigkeitsgutachtens bestehen aber auch aus einem anderen Grund, wenn man seine Verwertbarkeit speziell für den Zivilprozeß untersucht.

Im Zivilprozeß ist normalerweise die Grundlage, auf der der Gutachter sein Gutachten erstellen könnte, völlig unzureichend.³¹⁹⁾ Denn dem Gutachter stünden im Zivilprozeß allenfalls die in seiner Anwesenheit von dem Zeugen zu Person und Sache gemachten Angaben zur Verfügung,

317) Stein-Jonas vor § 373, VI, c

318) Panhuysen, a. a. O. S. 36

319) Besonderheit im Strafprozeß § 81 c StPO

um hierauf sein Gutachten zu gründen. Es leuchtet ein, daß auf derart begrenzten Angaben ein wirklich fachlich fundiertes Gutachten nicht erstellt werden kann.

Eine Pflicht des Zeugen über seine allgemeine staatsbürgerliche Zeugnispflicht hinaus, etwa in dem Sinne, sich als Zeuge einer genauen psychologischen Begutachtung zu unterziehen, besteht nicht. Er hat also allenfalls die Beobachtung in der Beweisaufnahme zu dulden. 320) 321) 322) Jede andere durch Gesetz neu hinzutretende Verpflichtung in dieser Richtung würde gegen Art. 1, 2 GG. verstoßen.

Der Richter ist im Zivilprozeß tatsächlich gar nicht in der Lage, ein ausreichendes Gutachten zu erlangen und sich hieran zu orientieren. Aber auch, wenn eine solche Begutachtung erfolgen könnte, (vorstellbar etwa wie beim Strafprozeß gesehen mit Einwilligung des Zeugen) ist mit der Frage der Begutachtung allein das Problem noch nicht abgeschlossen. Denn es ergibt sich als nächste Schwierigkeit, welcher Fachgutachter kompetent ist. 323) Inzwischen besteht Einigkeit darüber, daß für den "kranken Zeugen" der Psychiater, für den "nicht kranken Zeugen" der Psychologe zuständig ist. 324) Der Richter müßte dann aber zunächst Klarheit haben, ob der Zeuge als "krank" anzusehen ist. Da der Richter selbst entscheiden muß, wen er beauftragt, ein entsprechendes Gutachten zu erstellen, wird er allenfalls, wenn überhaupt, erst durch

320) Im Strafprozeß hat der BGH eine Begutachtung eines Zeugen zugelassen; allerdings aber auch nur mit dessen Zustimmung (BGHSt 14/23). Dabei hat ein gesonderter Hinweis an den Zeugen auf diese Zustimmungsbedürftigkeit zu erfolgen.

321) Stein-Jonas § 373 ZPO VI C, cc

322) Ausnahme allerdings bei § 372 a ZPO im Abstammungsprozeß

323) Bohne zeigt in seinem Aufsatz SJZ 49/9 ff. die frühere Entwicklung auf, wobei man zunächst den Mediziner als kompetent ansah und erst allmählich den Psychologen akzeptierte.

324) BGHSt 23/12 = JR 70/151; hierzu Stellungnahme von Peters JR 70/152 Zum ganzen auch Undeutsch: Die Entwicklung der gerichtopsychologischen Tätigkeit, 1954

ein zweites Gutachten Klarheit erhalten, ob er mit seiner Beauftragung den richtigen Gutachter herausgesucht hat.

Die strafprozessuale Literatur ³²⁴⁾ kompliziert dieses Problem noch weiter, indem sie vom Richter verlangt, er müsse sich im Zweifelsfall zusätzlich über die Vorbildung des zu bestellenden Gutachters orientieren. Er soll sich damit also über das Vorhandensein von Fachkenntnissen bei einem Sachverständigen vergewissern, die dieser ihm ja gerade erst vermitteln soll. ³²⁵⁾

Allein diese weitere Komplizierung zeigt, wie wenig auch eine etwa zulässige Begutachtung hier praktisch weiterhelfen würde.

Letztlich ließe sich aber jedenfalls mit einem Glaubwürdigkeitsgutachten ein für die richterliche Überzeugung hinreichender Grad von Gewißheit nicht ausreichend objektivierbar ermitteln. Auch ein solches Gutachten erlaubt keine Beurteilung des Zeugen in subjektiver Hinsicht im konkreten Einzelfall, so daß der Richter mindestens an dieser Stelle wieder ausschließlich auf seine allgemeine Lebenserfahrung angewiesen ist. ³²⁶⁾

Diese bleibt im Rahmen des Zeugenbeweises damit immer letztlich entscheidendes Kriterium bei der endgültigen Würdigung jeder Zeugenaussage.

c) Bestimmbarkeit des Wertes der Zeugenaussage nach Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkten

Zu beantworten bleibt die Frage, ob dennoch die durch eine einzelne Zeugenaussage begründete Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer streitigen Tatsache "objektiv" bestimmbar ist.

325) vergl. zu diesem Problem beim Sachverständigen unten S.125 ff.

326) Schreiber, Theorie des Beweiswerts, S. 19 ff. kommt allerdings zu dem Ergebnis, daß die Glaubwürdigkeit einer Aussage durchaus meßbar sei. Vergl. dazu Auseinandersetzung mit dieser Auffassung oben S. 36 ff.

Dies wäre dann der Fall, wenn etwa nach der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie (Häufigkeitstheorie) von Zeugenaussagen angenommen werden könnte, daß es sich um Massenerscheinungen oder zumindest um Wiederholungsvorgänge handelt. Beides kann man aber nach den obigen Ausführungen nicht annehmen, so daß auf die näheren Voraussetzungen³²⁷⁾ der Häufigkeitstheorie hierzu nicht mehr eingegangen werden braucht.³²⁸⁾

Aber auch mit der subjektiven Theorie der Wahrscheinlichkeit läßt sich beim Zeugenbeweis kein bestimmter Grad von Wahrscheinlichkeit begründen. Denn auch die subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie verlangt Verlässlichkeit oder Allgemeingültigkeit eines Erfahrungssatzes, um einen solchen Grad von Wahrscheinlichkeit als bestimmbar anzusehen. An einem solchen Erfahrungssatz, der sich primär auf die Glaubwürdigkeit eines Zeugen beziehen müßte, fehlt es aber. Denn ein verlässlicher Erfahrungssatz, daß ein Zeuge in einem bestimmten Punkt wahrheitsgemäß aussagt, läßt sich unter keinem Gesichtspunkt begründen, wie oben gezeigt wurde. Es kann damit festgestellt werden, daß der Zeugenbeweis nicht geeignet ist, einen solchen - objektiv bestimmbaren - Grad von Wahrscheinlichkeit zu begründen, der es rechtfertigen würde, den Richter im Rahmen der Beweiswürdigung hieran zu binden.

Dies schließt natürlich nicht aus, daß der Richter mit Hilfe des Zeugenbeweises zu einem "für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewißheit" gelangt und sich so vom Vorliegen einer streitigen Tatsache überzeugt. Dieser Vorgang der Überzeugungsbildung bleibt aber beim Zeugenbeweis ein rein innerer Vorgang des entscheidenden Richters, eine Objektivierung der richterlichen Beweiswürdigung kann mit der durch den Zeugenbeweis allein auf der Grundlage allgemeiner Lebenserfahrung erreichten Wahrscheinlichkeit nicht begründet werden.

327) vergl. oben S. 49,50

328) anders nur Maassen, a. a. O. S. 5/6
vergl. Kritik hierzu oben S. 106 ff.

4. Ermittlung eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrades für die Überzeugungsbildung beim Beweis durch Parteivernehmung

In der jetzigen Form kennt die ZPO die Möglichkeit der Parteivernehmung anders als die übrigen Beweismittel erst seit der "Novelle 33". Diese ersetzte durch die jetzige Regelung den "gestabten Eid".³²⁹⁾ Dabei wird die Parteivernehmung also gegenüber den anderen Beweismitteln subsidiäres Beweismittel angesehen. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut, entspricht aber auch der allgemeinen Meinung.³³⁰⁾ Ob aus dieser subsidiären Stellung der Parteivernehmung bereits der Schluß auf einen geringen Beweiswert der Aussage einer Partei³³¹⁾ gezogen werden kann, oder ob der subsidiäre Charakter vielmehr geschichtlich zu erklären ist³³²⁾, ist für die hier interessierende Fragestellung nicht von entscheidender Bedeutung.

Viel wesentlicher ist, daß sich der Richter bei der Parteivernehmung nicht nur vom Vorliegen der streitigen Tatsache zu überzeugen hat, sondern wie beim Zeugenbeweis sich zusätzlich von der Glaubwürdigkeit der als Partei vernommenen Person überzeugen muß.

Daß sich die Glaubwürdigkeit einer aussagenden Person nicht festlegen läßt, wurde vorstehend bereits ausgeführt.³³³⁾

Wie die Beeidigung der Aussage durch den Zeugen kann auch der durch die Partei geleistete Eid³³⁴⁾ der Aussage keine erhöhte Glaubwürdigkeit verleihen.

329) Blomeyer, Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, 1963, § 80 zur Geschichte und Bedeutung des "gestabten Eides"; vergl. auch Stein-Jonas, vor § 445 Rdn. 1

330) Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 125, II S. 657; Stein-Jonas Rdn. 4 zu § 445 ZPO; Zöllner, Rdn. 26 zu § 445 ZPO. So auch schon Rosenberg in ZZP 57/331 i. RG 154/229.

331) Schönke in ZZP 61/23

332) Klärman, Die Reform der Parteivernehmung, Österreichische Anwaltszeitung 1932/89 ff., 90

333) vergl. oben S. 97 ff.

334) hierbei ist die Besonderheit für den Parteieid in § 452 ZPO zu beachten.

Die Parteivernehmung ist praktisch lediglich eine besondere Art der Zeugenvernehmung.³³⁵⁾ Daß sich damit auch bei ihr kein bestimmter Beweiswert ermitteln läßt, beruht auf der gleichen Überlegung wie beim Zeugenbeweis.³³⁶⁾

Die Parteivernehmung erlaubt es daher nicht, von einem bestimmten Grad von Wahrscheinlichkeit auszugehen, der durch sie für die richterliche Beweiswürdigung begründet wird.

5. Ermittlung eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrades für die Überzeugungsbildung beim Beweis durch Sachverständige

Auch sobald im Rahmen eines Zivilprozesses ein Sachverständigengutachten eingeholt wird, erhebt sich die Frage, ob ein solches Gutachten ein bestimmtes - für den Richter letztlich bindendes - Maß von Wahrscheinlichkeit, also einen bestimmten Beweiswert begründen kann.

a) Stellung des Sachverständigen

Besonderheiten ergeben sich bei dem Beweis durch Sachverständige einerseits aus deren besonderer Stellung als "unparteiischer Helfer des Richters"³³⁷⁾, einer Stellung³³⁸⁾ des Sachverständigen, von der schon die Entwurfsbegründung der CPO ausging, allerdings in Verbindung mit dem

335) Wieczorek Rdn. A I b 1 zu § 445 ZPO

336) Man stellt also zu Recht Zeugenbeweis und Parteivernehmung nebeneinander und bezeichnet sie als die unsichersten Beweisarten, vergl. oben S. 95

337) Stein-Jonas II, vor § 402 ZPO, Rdn. VII; zu den erheblichen Bedenken dieser Begriffsbildung: Schmidhäuser in ZZP 72/378 ff., Bedenken werden im wesentlichen daraus begründet, daß der Begriff des Gehilfen nicht mit der freien Beweiswürdigung vereinbar sei.

338) vergl. Bremer, Der Sachverständige S. 111 ff.; Manasse, Der Sachverständige S. 1 ff.; Wellmann, Der Sachverständige in der Praxis, S.35 ff.; Kerameus, Die Entwicklung des Sachverständigenbeweises im deutschen u. griechischen Zivilprozeßrecht, S. 3.

Prinzip der freien Beweiswürdigung.^{339) 340)} Für eine solche Stellung spricht auch § 406 ZPO, wonach der Sachverständige nach denselben Kriterien abgelehnt werden kann, wie ein Richter.

Andererseits ergibt sich, soweit es dem Sachverständigen vom Gericht übertragen ist, aufgrund seines Sachverständnisses ausschließlich Tatsachen festzustellen³⁴¹⁾, das Problem, ob der Sachverständige in einem solchen Falle dann als Zeuge anzusehen ist³⁴²⁾, oder als Beweismittel eigener Art.

Ob diese Besonderheiten des Sachverständigenbeweises hinsichtlich des konkreten Beweiswertes dann eine Einstufung erleichtern oder erschweren, läßt sich nicht ohne weiteres beantworten. Hierfür ist zunächst das Zusammenwirken von Richter und Sachverständigen näher zu untersuchen.

b) Gegenstand des Gutachtens

Das Gesetz hilft hier nicht weiter. Welche Fragen also z.B. dem Sachverständigen vorzulegen wären, hat in der ZPO keine Regelung gefunden. Auch über die dem Sachverständigen im Prozeß zufallende Funktion und damit über die möglichen Gegenstände eines einzelnen Gutachtens enthält die ZPO keine Vorschrift.

Um zu ermitteln, was im einzelnen Gegenstand eines Sachverständigengutachtens sein kann, muß untersucht werden, in welchem Bereich richterlicher

339) Hahn, Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung, 1. Abt., 1880, S. 643

340) von Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses, 1861, Sachverständiger als Hilfsorgan des Richters im Zusammenhang mit richterlicher Kognition.

341) z.B. Vorhandensein eines Knochenbruchs; verbleibende Folgeschäden für Fragen des § 847 BGB; Stärke des Lärms im Bereich einer Einflugschneise u.ä.

342) so Lent in ZZP 60/23 ff.; Hinweis gibt ja insoweit auch das Gesetz selbst in § 402 ZPO.

Erkenntnistätigkeit die Heranziehung eines Sachverständigen überhaupt in Betracht kommt. Hierbei bieten sich als Bezugspunkte eines Gutachtens im wesentlichen an:

1. Tatsachenfeststellung
2. Erfahrungssätze ^{343) 344) 345)}

Für den genauen Gegenstand des Sachverständigengutachtens muß allerdings näher differenziert werden; denn im einzelnen kann Gegenstand eines Gutachtens sein ³⁴⁶⁾:

1. Mitteilung von Erfahrungssätzen eines bestimmten Wissensgebietes (z.B. Verhalten eines Kfz o.ä.)
2. Anwendung von Erfahrungssätzen auf einen bestimmten Sachverhalt und zugleich das Ziehen von Schlußfolgerungen für den konkreten Fall. (z.B. Angabe des Grades der Erwerbsminderung; Einwirkung von Industrieabwässern auf Fischbestand o.ä.) ³⁴⁷⁾
3. tatsächliche Wahrnehmungen, für die es einer bestimmten Sachkunde bedarf ³⁴⁸⁾ (z.B. Feststellung des Blutalkohols; Stärke des Lärms im Bereich einer Einflugschneise; Feststellung von Schäden an Kfz; o.ä.)

Daß alle drei angeführten Fallgruppen Gegenstand eines Gutachtens sein können, ist nicht unstrittig. Einigkeit besteht nur, daß die beiden ersten Fallgruppen als Sachverständigenfragen anzusehen sind. ³⁴⁹⁾

Streitig ist allerdings, ob auch die dritte Fallgruppe als Frage des

343) Diese Unterscheidung ist schon von v. Stein, Privates Wissen, S. 14 ff., 54 herausgearbeitet worden. So auch Pieper ZJP 84/1 ff. b. 8

344) Sonderfall der gesetzlichen Regelung des § 293 ZPO soll hier außer Betracht bleiben.

345) Häberlein, Die Sachverständigen im deutschen Recht, S. 5 ff. und 36 ff: "Obersätze liefernder Sachverständiger"; Hegler, a. a. O. S. 166 ff.

346) Die nachfolgende Einteilung wird allgemein angenommen: So schon Rosenberg, Lehrbuch schon 1927 § 122 S. 374 ff.; Lent in ZJP 60/10, 11; Stein, Privates Wissen, S. 54 ff.; Pieper in ZJP 84/8; ähnlich auch Schmidhäuser in ZJP 72/368 ff.

347) hierzu etwa: Häberlein, a. a. O. S. 5 ff. u. 36 ff. "urteilender Sachverständiger"; Mezger, a. a. O. S. 13 ff.

348) Häberlein, a. a. O. S. 5, 36, 47 "wahrnehmender Sachverständiger"; Hegler, a. a. O. S. 207 ff.; Mezger, a. a. O. S. 16 ff.

349) Hegler in ACP 104/166 ff., 192 ff.; Lent in ZJP 60/10, 11; auch Pieper in ZJP 84/8, 9

Sachverständigenbeweises³⁵⁰⁾ anzusehen ist, oder ob insoweit von einem Zeugenbeweis³⁵¹⁾ zu sprechen ist. Der Kernpunkt dieser Streitfrage ist, wo die Grenze zwischen Sachverständigentätigkeit und reiner Zeugenaussage liegt. Die für jede der Ansichten gegebenen Begründungen sind unterschiedlich.³⁵²⁾ Lent begründet seine Ansicht, daß die dritte Gruppe dem Zeugenbeweis zuzuordnen sei, so:

" Wer über konkrete Tatsachen aussagt, steht damit notwendig in einer individuellen Beziehung zum konkreten Tatbestand und ist in diesem Sinne unvertretbar, wer dagegen über Erfahrungssätze aussagt, ist vertretbar, weil er nicht in individueller Beziehung zum Tatbestand steht. 353) "

Er geht davon aus, daß der Sachverständige mit der - auch nachträglichen - Wahrnehmung ja notwendig in eine individuelle Beziehung zum Tatbestand tritt und damit aufhört, vertretbar zu sein.³⁵³⁾

Diese Ansicht ist jedoch unzutreffend, denn die von Lent herangezogene "individuelle Beziehung zum Tatbestand" muß, um Zeugeneigenschaft begründen zu können, sich als zufällige unwiederholbare³⁵⁴⁾ Beziehung zum konkreten Einzelfall darstellen. 355)

350) so etwa Pieper, a. a. O. S. 9 ff.

351) so hauptsächlich Lent, a. a. O. S. 10 ff.

352) Hegler ACP 104/102, der Zeuge wird als ein Mann angesehen, der wahrgenommen hat, der Sachverständige als ein Mann, der sachgemäß wahrnehmen kann. Die Rechtfertigung dieser Unterscheidung zieht Hegler dabei aus dem Grund der Einführung der Person in den Prozeß und sieht hierin zugleich das Abgrenzungskriterium. Zu den verschiedenen Ansichten, die im wesentlichen zur Abgrenzung vertreten werden: Schmidhäuser ZP 72/362 ff.

353) Lent, a. a. O. S. 13

354) Stein-Jonas II, vor § 373, III 1 ZPO;

Hanack JZ 70/561 ff.;

Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht 11. Aufl. § 123 I, S. 637

355) Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl. § 124 II, S. 649

Schon das Fehlen der Zufälligkeit der Beziehung läßt für die dritte Fallgruppe die Annahme von Zeugeneigenschaft nicht möglich erscheinen. Hinzu kommt, daß bei jeder Wahrnehmung gewisse Schlüsse automatisch gezogen werden. Sofern diese einfach sind, ist es natürlich noch berechtigt, hier von Zeugenaussage zu sprechen. Verlangt jedoch bereits diese einfache Wahrnehmung, die Basis der Aussage ist, besondere persönlich-fachliche Qualifikationen, d.h. im einzelnen Fall besondere Sachkunde, so kann diese Tatsachenfeststellung keinesfalls als durch Zeugenbeweis erbracht angesehen werden. 356) 357) 358)

Als Ergebnis ist damit festzuhalten, daß die sachverständige Beurteilung zur Feststellung von Tatsachen ebenfalls Gegenstand eines Sachverständigengutachtens ist und nicht dem Zeugenbeweis zuzurechnen ist. 359)

c) Verpflichtung zur Erhebung eines Sachverständigengutachtens

Damit ist zunächst nur der Bereich festgelegt, auf den ein Gutachten sich beziehen kann.

Der hier interessierenden Frage der Feststellbarkeit des Beweiswerts eines durch Sachverständigengutachten erbrachten Beweises ist aber die weitere Frage - logisch - vorgelagert, in welchen Fällen überhaupt seitens des Gerichts ein entsprechendes Gutachten zu erheben ist.

356) Bruns, Zivilprozeßrecht, 1968, S. 309

357) als weiteres erhebliches Argument gegen die Annahme des Zeugenbeweises Pieper Z郑 84/10: "Die hier fraglichen Fälle können im übrigen auch schon deshalb nicht aus dem gegenständlichen Bereich des Sachverständigenbeweises ausgeklammert werden, weil sich zwischen dem Fachwissen erfordernden Wahrnehmungen und den Schlußfolgerungen als solchen keine eindeutige Grenze ziehen läßt, sondern vielmehr eine Skala fließender Übergänge besteht."

358) Weitere Unterscheidung auch nach "gegenwärtiger" und "vergänger" Tatsache, Schmidhäuser Z郑 72/368 ff.

359) So im Ergebnis auch Rosenberg-Schwab, a. a. O. § 124 II; Bruns, a. a. O. S. 309; Pieper Z郑 84/10 ; auch BGH 37/389, 393

Auch über dieses Problem, wann das Gericht einen Sachverständigen zu-
ziehen kann oder muß, schweigt sich die ZPO aus. Lediglich aus § 144 ZPO
ergibt sich, daß das Gericht selbständig die Möglichkeit hat, einen
Sachverständigen zu bestellen. ³⁶⁰⁾

Dabei besteht Einigkeit, daß sich hieraus eine Pflicht des Gerichts nicht
ergibt, sondern diese Entscheidung im freien Ermessen des Gerichts
steht. ³⁶¹⁾ Ausnahmen bestehen lediglich in wenigen Einzelfällen. ³⁶²⁾

Damit fehlt es aber an einer generellen Richtlinie dafür, wann ein Ge-
richt unter Verwertung von außerrechtlichem Fachwissen entscheiden darf,
ohne dazu einen Sachverständigen zu befragen. ³⁶³⁾ Nachdem das Gesetz
hier keine Regelung getroffen hat, muß nach der notwendigen Art von Er-
fahrung oder Kenntnis bezogen auf den einzelnen Fall die Grenze des
richterlichen Ermessens festgelegt werden.

aa) Entscheidungen im Bereich der Lebenserfahrung ³⁶⁴⁾

Spiele für die Entscheidung nur Fragen allgemeiner Lebenserfahrung
eine Rolle, leuchtet es ein, daß das Gericht ohne sein Ermessen zu
verletzen, auf die Beauftragung eines Sachverständigen verzichten
kann, selbst wenn dies von den Parteien beantragt ist. ³⁶⁵⁾ Mühl
begründet dies aus dem Sinn des Gesetzes, der nicht darin liege,
auf Gebieten, auf denen nur die Lebenserfahrung und Menschenkenntnis
des Richters schließlich allein die Wahrheit finden könne, das
Vertrauen des Richters auf sein eigenes selbständiges Urteil und

360) wobei Anordnung dann außerhalb der mündlichen Verhandlung gem.
§ 272 b Ziff. 5 ZPO erfolgt.

361) so Thomas-Putzo, Anm. zu § 144 ZPO; Baumbach-Lauterbach, Anm. 1 zu
§ 144 ZPO; Stein-Jonas, § 144 ZPO I mit Hinweis auf Vor § 402 III, 2;
Stein, a. a. O. S. 80 ff.; Tröndle, Der Sachverständigenbeweis,
JZ 69/374

362) Statusfälle der §§ 623, 654, 655, 676 ZPO u. § 185 ff. GVG; erklär-
bar aus dem dort geltenden Amtsermittlungsgrundsatz.

363) Pieper, a. a. O. S. 11

364) in Anlehnung an Lebrecht, a. a. O. S. 16/17 könnte man hier auch
von "subjektiver Erfahrung" sprechen.

365) Stein-Jonas, vor § 402 ZPO III, 2; Pieper, a. a. O. S. 12/13

seinen Mut zur Verantwortung einzuengen. ³⁶⁶⁾

Ist der Richter im Bereich der reinen Lebenserfahrung ³⁶⁷⁾ - soweit es um die Beweiswürdigung geht - nicht verpflichtet, einen Sachverständigen zur Klärung einer Frage hinzuzuziehen, kann auch dann, wenn ein entsprechendes Gutachten dennoch erhoben wurde, an dieses Gutachten keine Bindung bestehen.

Es kann daher für diesen Bereich als Ergebnis festgehalten werden:

Sofern zur Entscheidung einer Frage allgemeine Lebenserfahrung ausreicht, kann ein bestimmter Beweiswert, der zu einer Bindung des Richters führt, einem etwa erhobenen Sachverständigengutachten nicht entnommen werden.

Ausgehend von der ursprünglichen Fragestellung kann also gesagt werden, daß ein bestimmter Grad von Wahrscheinlichkeit, der zur Begründung richterlicher Überzeugung ausreicht, durch ein im Bereich der Lebenserfahrung erhobenes Gutachten nicht erzeugt wird.

Nachdem oben auf Fragen der Lebenserfahrung abgestellt wurde, ergibt sich hier natürlich sofort als nächstes Problem, wie eine Abgrenzung von allgemeiner Lebenserfahrung zur besonderen Sachkunde vorzunehmen ist.

Es wird mit Recht darauf hingewiesen, daß es für diese Abgrenzung keine feste Grenze gibt. ³⁶⁸⁾ Ein fließender Übergang zwischen allgemeiner

366) Mösl in DRiZ 70/110, für den insoweit vergleichbaren Strafprozeß

367) Zur Erläuterung, welche Fälle man hierunter etwa fassen will z.B. BGH VRS 23/410 ff. (Unfall an der Mittellinie, Lage von Glasscherben); auch BGH VRS 33/175 (Beurteilung des Verkehrsgeschehens durch einen 12-jährigen Jungen)

368) Pieper, a. a. O. S. 13

Lebenserfahrung und Fachwissen ergibt sich insbesondere daraus, daß der Bereich allgemeiner Lebenserfahrung sehr schwer trennbar ist von Fachfragen, die entweder weithin bekannt sind oder für die der Richter sich aus zugänglichen Quellen besondere Kenntnisse verschafft und diese dann verwertet. 369)

Handelt es sich im Einzelfall um eine Fachfrage in diesem fließenden Grenzbereich zur Lebenserfahrung, so ist zu prüfen, inwieweit der Richter ohne Verletzung des § 286 ZPO diese seine eigene Sachkunde für die Entscheidung verwerten kann. 370)

bb) Entscheidung von Fachfragen aufgrund eigener Sachkunde

Handelt es sich um eigene Sachkunde des Gerichts, so ist näher zu unterscheiden.

Denn auch im Bereich des Fachwissens sind graduelle Unterscheidungen zu treffen, inwieweit reine Spezialkenntnisse oder allgemeine Erfahrungsregeln eines Fachgebietes für die Entscheidung von Bedeutung sind. Schon der laufende technische Fortschritt bringt es mit sich, daß infolge der andauernden Verfeinerung wissenschaftlicher Methoden auf allen Gebieten in immer größerem Maße Fragen einem Bereich entrückt werden, in dem das Gericht mit selbst angeeigneten Fachkenntnissen entscheiden kann. Dabei ist auch in diesem Bereich noch anerkannt, daß die Einholung eines Sachverständigengutachtens im pflichtgemäßen Ermessen des Richters steht und sich der Richter bei der Anwendung von Erfahrungssätzen auf seine eigene Sachkunde verlassen darf. 371)

369) hierzu Mösl DRiZ 70/110: Er unterscheidet begrifflich etwas anders nach 1. dem Richter allgemein zugängliches Bildungswissen und 2. ein nur dem Fachmann zugängliches Wissensgebiet.

370) BGH JZ 68/670

371) BGH NJW 51/481; RG 94/116; BGH NJW 73/1411 ff.

Diese Entwicklung bringt es aber mit sich, daß der Bereich, in dem das Gericht seine fehlende Sachkunde durch Lektüre von Fachliteratur und in anderer Weise aneignen darf ³⁷²⁾, erheblich eingeschränkt ist; denn eine verbindliche eigene Beurteilung durch das Gericht kann in solchen Bereichen nicht mehr erwartet werden. ³⁷³⁾ Diese Grenze der möglichen Sachkunde hat schon Stein ³⁷⁴⁾ erkannt: "Je tiefer gebildet, je mehr des Lebens kundig unsere Richter sind, desto weniger ist zu besorgen, daß sie sich als Laien technischer Fragen bemächtigen oder die vierte Dimension und die Klopffeister ernst nehmen werden." Damit ist aber im Grunde nur das Problem aufgezeigt, jedoch noch keine Lösung gefunden.

Allgemein wird man sagen können, daß die Zuziehung eines Sachverständigen um so näher liegt, je schwieriger und entlegener das Fachgebiet ist, dessen Kenntnis für die Entscheidung vorausgesetzt wird. ³⁷⁵⁾ Was aber als schwierigere und entlegene Frage anzusehen ist, muß im einzelnen Fall entschieden werden.

Um den Bereich einzugrenzen, in dem ein Gericht noch eigenes Fachwissen verwenden darf, bzw. andererseits einen Sachverständigen hinzuziehen muß, bleibt sonach nur die Möglichkeit, sich an von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen zu orientieren. Die Rechtsprechung stellt bestimmte Anforderungen, die sich in eine subjektive und eine objektive Seite trennen lassen.

372) Pieper, a. a. O. S. 15;
BGH JZ 68/670 = MDR 67/745 ; hierzu auch Kessler, Die tatsächliche Grundlage des Sachverständigengutachtens, S. 5 ff.

373) Pieper, a. a. O. S. 15

374) Stein, Privates Wissen, S. 101

375) Mösl DRiZ 70/111

Besondere subjektive Eigenschaften erweitern die Möglichkeit einer Verwertung von Fachwissen des Richters.

Eine erweiterte Möglichkeit der Verwertung von Fachwissen des Gerichts sieht die Rechtsprechung insbesondere, sofern Spezialkammern über lange Zeit besondere Kenntnisse erworben haben. ^{376) 377)}

Daneben wird die allgemeine auch jahrzehntelange richterliche Berufserfahrung nur dann als geeignet angesehen, das notwendige Unterscheidungsvermögen zu entwickeln, wenn Fragen der zu entscheidenden Art regelmäßig oder doch wenigstens häufig Gegenstand der laufend zu bearbeitenden Verfahren sind. ³⁷⁸⁾

Neben solchen subjektiven Anhaltspunkten, die im Grunde nur die genaue Grenze der Verwertbarkeit selbst erworbenen Fachwissens verschieben, trennt die Rechtsprechung - objektiv - auch nach Fachbereichen, in denen der Richter in besonderem Maße eigenes Fachwissen verwerten darf. So wird die eigene Sachkunde eines Gerichts weitgehend im Wettbewerbsrecht ³⁷⁹⁾, Schifffahrtsrecht ³⁸⁰⁾ und in Verkehrssachen ³⁸¹⁾ anerkannt. Im Bereich der Verkehrssachen bleibt allerdings ein weites Gebiet, in dem die Sachkunde des Gerichts als nicht ausreichend angesehen wird. ³⁸²⁾

-
- 376) z.B. immer wiederkehrende Gutachten zu gleichen Fragen; BGHST 3/53; BGHST 3/28 ff., wobei hier die Grenzen der ausreichenden Lebenserfahrung an dem Beispiel der Erfahrung eines Jugendrichters aufgezeigt werden.
- 377) zu den Besonderheiten in der Sozialgerichtsbarkeit, Friedrichs in ZZP 83/397 ff.
- 378) vergl. OLG Hamburg JR 64/151
- 379) OLG Nürnberg WRP 59/87, wo die Trennung in objektive und subjektive Gesichtspunkte recht gut zum Ausdruck kommt: "In Wettbewerbssachen ist die Zuziehung von Sachverständigen nicht in jedem Fall geboten. Besitzt das Gericht selbst, z.B. die Kammer für Handelssachen oder der Zivilsenat des OLG, dem die Bearbeitung von Wettbewerbssachen als Spezialgebiet zugewiesen ist, die erforderliche Sachkunde, braucht ein Sachverständiger nicht zugezogen werden."
- 380) BGH in VersR 61/76; BGH in VersR 70/566
- 381) Hinweis in OLG Hamburg JR 64/151
- 382) BGH in DAR 65/108, wo es sich um eine Frage der Tatsachenfeststellung durch einen Sachverständigen handelt; auch BGH in VersR 69/615

Hinzukommen muß dabei in allen Fällen, daß das Gericht (obige subjektive Voraussetzung) ständig ähnlich gelagerte Fälle zu bearbeiten hat. Für Einzelentscheidungen eines Gerichts kann diese objektive Unterscheidung nach Sachbereichen nicht herangezogen werden.

Eine besondere Rolle spielt der Bereich medizinischer Fachfragen. Hier räumt die Rechtsprechung ein, daß bei häufiger Bearbeitung ähnlich gelagerter Fälle in einzelnen Fällen auch ohne Zuziehung eines Sachverständigen eine ausreichende Beweiswürdigung erfolgen kann. Dabei geht man jedoch davon aus, daß in aller Regel für eine besonders schwierige Beurteilung die Zuziehung eines Sachverständigen unerläßlich ist ³⁸³⁾ ³⁸⁴⁾ Wird also für eine einfache medizinische Frage in Einzelfällen das Einholen eines Gutachtens als entbehrlich angesehen, so wird doch im konkreten Fall immer schon recht früh die Grenze des pflichtgemäßen Ermessens als überschritten angesehen, in welchen Fällen auf einen Sachverständigen zurückgegriffen werden muß. So zum Beispiel für die Beurteilung von Schadensfolgen, insbesondere für den Zukunftsschaden ³⁸⁵⁾ und die Beurteilung schwieriger physikalischer Fragen. ³⁸⁶⁾

Soll ein ärztlicher Kunstfehler nachgewiesen werden, verlangt die Rechtsprechung ausdrücklich die Einholung eines Gutachtens von einem fachkundigen ärztlichen Sachverständigen. ³⁸⁷⁾ Es läßt sich somit für den Bereich medizinischer Gutachten eine gewisse Grenzlinie erkennen, wo der Bereich der Lebenserfahrung und des verwendbaren eigenen Fachwissens aufhört und der dem Sachverständigen vorbehaltenen Raum beginnt. ³⁸⁸⁾

383) BGH JZ 68/670 = LM § 286 ZPO (B) Nr. 23; KG in NJW 61/2066

384) Das RG 162/228 war noch der Ansicht, daß der Richter sich ohne weiteres in Gegensatz zu ärztlichen Gutachten setzen könne.

385) BGH VersR 57/244, wo ausdrücklich die Verpflichtung zur Gutachten-erhebung ausgesprochen wird; zum Ausmaß der Berufsbehinderung vergl. BGH VersR 61/593

386) BGH VersR 69/290

387) BGH NJW 61/2061 ist hierbei keine Abweichung, sondern stellt lediglich klar, daß die Subsumtion unter den gesetzlichen Tatbestand auch bei medizinischen Fragen der Entscheidung des Richters verbleibt.

388) BGH VersR 54/290

Letztlich wird in der Rechtsprechung auch erkennbar, wo die eigene Sachkunde des Gerichts zur Beurteilung regelmäßig nicht mehr als ausreichend anzusehen ist. Hier ist dann die Grenze von allgemeiner Lebenserfahrung und eigener Sachkunde des Gerichts zum speziellen Fachwissen überschritten. Es wird der dem Sachverständigen vorbehaltene Raum erreicht. Rechtsprechung gibt es hier - wie schon angesprochen - zum ärztlichen Kunstfehler.³⁸⁹⁾ Eine interessante Entscheidung existiert auch zu der Frage, was noch als Kunst anzusehen ist³⁹⁰⁾, da eine lange richterliche Tätigkeit ebensowenig wie die Beschäftigung des gebildeten Menschen mit der Kunst zur Beurteilung eines künstlerischen Gehaltes nicht ausreichend ist. Weiteren Andeutungen³⁹¹⁾ läßt sich entnehmen, daß der dem Sachverständigen vorbehaltene Bereich des speziellen Fachwissens auch insbesondere bei schwierigen technischen, chemischen und mathematischen Fragen erreicht ist.^{392) 393)} Wann ein Richter über Fachfragen aufgrund eigener Sachkunde entscheiden darf, kann man danach so zusammenfassen:

Läßt sich in der angeführten Iudikatur auch keine genaue Grenzlinie finden, bis zu welchem Punkt ein Richter eigenes Fachwissen verwerten darf, so läßt sich doch jedenfalls feststellen, daß er hierzu dann berechtigt ist,

- (1.) wenn es sich um Fragen handelt, die regelmäßig oder zumindest häufig Gegenstand von ihm laufend zu bearbeitender Verfahren sind³⁹⁴⁾

und

389) OLG Hamburg JR 64/151

390) BGH NJW 61/2062

391) BGH NJW 61/2062

392) als Beispiel mag z.B. die Auswertung eines Lichtbildes nach den Gesetzen der perspektivischen Zeichnung dienen, BGH VersR 62/662 = VRS 23/91; BGH VersR 69/886; BGH VersR 70/162,163; auch Pieper a.a.O. S. 27;

393) Döhring, der in JZ 68/642 zu Recht davon ausgeht, daß der Richter in der Praxis bei solchen komplizierten Problemen der Mathematik, Chemie oder Technik u.ä. nicht allzu leicht in die Versuchung kommt, seine Möglichkeiten zu überschätzen.

394) OLG Hamburg JR 64/151

- (2.) einen der oben angesprochenen Sachbereiche ³⁹⁵⁾ angehören, wobei es sich jedoch keinesfalls um eine besonders schwierige Beurteilung handeln darf. ³⁹⁶⁾

Dogmatisch ist zu berücksichtigen, daß der Richter bei seiner Überzeugungsbildung nicht mehr Lebenserfahrungssätze, sondern Erfahrungssätze der Wissenschaft ³⁹⁷⁾ zugrundelegt. Beim Heranziehen solcher auf eigenem Fachwissen beruhender Erfahrungssätze nimmt das Gericht außer der Subsumtion unter die allgemeine rechtliche Grundlage eine weitere Subsumtion vor, und zwar unter den aus dem eigenen Fachwissen resultierenden, bzw. abgeleiteten "Obersatz" = Erfahrungssatz. ³⁹⁸⁾

Hier wird erkennbar, daß bei der Verwertung eigenen Fachwissens der Vorgang der Überzeugungsbildung Besonderheiten aufweist, denen auch entsprechend Rechnung zu tragen ist. Gründet der Richter im normalen Fall seine Überzeugung vom Vorliegen einer streitigen Tatsache auf das den Parteien ebenfalls vorliegende Ergebnis der Beweisaufnahme, wird bei der Verwertung eigenen Fachwissens zunächst den Parteien diese Entscheidungsgrundlage nicht erkennbar. ³⁹⁹⁾

Entsprechend hat die Rechtsprechung auch für diese Fälle besondere Verpflichtungen des Gerichts begründet, wenn eigenes Fachwissen verwertet werden soll. Welche Verpflichtungen dem Gericht in solchen Fällen zusätzlich obliegen, ergibt sich aus einer grundlegenden Entscheidung

395) vergl. oben Fn. 379 - 384

396) vergl. Fn. 383, 384

397) zur Unterscheidung "Regeln des Lebens", und Erfahrungssätze, Stein, a. a. O. S. 18

398) Terminologie so bei Hainmüller, a. a. O. S. 15 in Anschluß an Stein, a. a. O. S. 12

399) Zu Überraschungen kann dies insbesondere führen, wenn seitens einer Partei die Erhebung eines Sachverständigengutachtens beantragt ist und somit eine entsprechende Beweisaufnahme erwartet wird, das Gericht dann aber nach eigenem Fachwissen entscheidet.

des BGH vom 22.3.67 ⁴⁰⁰⁾;

- (1.) der Richter hat sein Wissen an Erfahrungssätzen (außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung) den Parteien mitzuteilen. ⁴⁰¹⁾
- (2.) daneben muß der Richter den Parteien Gelegenheit geben, hier zu Stellung zu nehmen.
- (3.) weiter kommt eine zusätzliche Begründungspflicht der selbst zugetrauten Sachkunde hinzu. ⁴⁰²⁾

Alle diese zusätzlichen Erfordernisse sind jedoch nur dann zu erfüllen, wenn der Richter sein Fachwissen zur Grundlage seiner Entscheidung machen will. ⁴⁰³⁾

Damit steht dann aber auch in diesem Sonderfall der Verwertung eigenen Fachwissens des Richters die Grundlage fest, auf der der Richter in diesem Fall entscheidet. Dabei verwendet der Richter bei seiner Überzeugungs-bildung im Ergebnis Erfahrungssätze der Wissenschaft, ohne ein Gutachten zu erheben.

Auch für diesen Sonderfall ist die Frage zu beantworten, ob der Richter in seiner Würdigung frei ist, oder ob er an ein bestimmtes Maß von Wahrscheinlichkeit gebunden ist.

400) BGH JZ 68/670

401) Hier wird zum Teil noch differenziert, so daß innerhalb des Bereiches, der dem "Fachwissen" zugerechnet wird, nur "spezialkundliche Erfahrungsregeln" in den Prozeß eingeführt werden müssen, allgemeinkundige dagegen nicht, so Döhring in JZ 70/643. So auch für das Strafverfahren, Jagusch in NJW 59/268. Diese Trennung nach verschiedenen Gruppen von Erfahrungssätzen ist Folge der oben erörterten Frage, wo der Bereich der reinen Lebenserfahrung aufhört. Es wird hier also auch ein bestimmter Bereich, der dem Fachwissen zuzurechnen ist, als so allgemein bekannt angesehen, daß er quasi wie "allgemeine Lebenserfahrung" behandelt werden kann.

402) BGH VersR 69/886; BGH NJW 61/2061; BGH VersR 70/162, 163.

403) BGH JZ 68/670 hierzu nochmals Döhring in JZ 70/643 ff.

Es ist davon auszugehen, daß die (von der Rechtsprechung zulässigerweise verwendeten) Erfahrungssätze einfach gelagert sind. Es handelt sich um gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse.⁴⁰⁴⁾ Um mit der Terminologie Hainmüllers⁴⁰⁵⁾ zu sprechen, wendet der Richter hier "Erfahrungsgesetze" oder "Erfahrungsgrundsätze" an. Diese dienen, soweit der Richter eigenes Fachwissen verwendet, lediglich der Ergänzung der anzuwendenden Gesetze⁴⁰⁶⁾ und gehören damit in den Bereich der Rechtsnormen.

Damit ist die Verwendung eigenen Fachwissens zu großen Teilen keine Frage der Beweiswürdigung mehr, sondern eine Frage der reinen Subsumtion. Eine Frage der Beweiswürdigung wird der (wissenschaftliche) Erfahrungssatz erst dann, wenn er selbst erst durch ein Sachverständigengutachten zu ermitteln ist.

Die Frage nach dem Maß der Wahrscheinlichkeit, das für die Beweiswürdigung ausreichen würde, stellt sich somit nicht.

cc) Entscheidungen, die nicht aufgrund eigenen Fachwissens getroffen werden

(a) Rechtsprechung

Neben den oben beschriebenen fachkundlichen Fragen gliedert die Rechtsprechung selbst den Bereich der "schwierigen technischen, chemischen und mathematischen" Fragen aus, der dem Sachverständigen vorbehalten sein soll. Hinzu kommen weiter die medizinischen Fragen.⁴⁰⁷⁾

404) Nur auf solche weitgehend bekannten Fachfragen muß die Möglichkeit des Gerichts beschränkt sein, sein eigenes Fachwissen zu verwenden. Das dürfte im wesentlichen in der Praxis auch nicht verkannt werden (vgl. etwa OLG Karlsruhe in DAR 65/108)

405) Hainmüller, Anscheinsbeweis, S. 33 ff., 35

406) Hainmüller, a. a. O. S. 23

407) zu diesem Bereich vgl. oben S. 118 f.

Wenn auch Schneider ⁴⁰⁸⁾ in seinen Ausführungen zum Sachverständigenbeweis sagt, daß der Beweiswert des Sachverständigengutachtens ungleich höher ist als der Wert des Zeugenbeweises, ist damit noch nicht beantwortet, ob auch hier der Grundsatz der "freien Beweiswürdigung" gilt, oder, ob in dem oben angesprochenen Bereich das Sachverständigengutachten einen solchen Grad von Wahrscheinlichkeit begründet, daß "das Merkmal des subjektiven Überzeugtseins aus dem Bereich des § 286 ZPO verdrängt wird" ⁴⁰⁹⁾ und der Richter für seine Überzeugungsbildung an das Gutachten gebunden ist.

Die Rechtsprechung sieht auch hier noch Raum für die "freie Überzeugung" des Richters. Grundlegend führt das RG ⁴¹⁰⁾ aus, daß das Sachverständigengutachten dem Richter lediglich eine wesentliche Stütze sein soll, ohne daß er an das Ergebnis des Gutachtens gebunden wäre. Von dieser Ansicht ist auch der BGH nicht abgerückt. So sagt er ausdrücklich ⁴¹¹⁾⁴¹²⁾, daß der Richter frei in der Würdigung eines Sachverständigengutachtens ist und damit auch von einem vorliegenden Gutachten abweichen kann und sich hierzu in Gegensatz stellen kann. Der BGH wiederholt dies sogar für den Bereich medizinischer Gutachten. ⁴¹³⁾ ⁴¹⁴⁾

408) Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 228

409) so von Blomeyer formuliert, Gutachten S. 16

410) RG 162/223 ff., 228; bestätigt in RG 167/272

411) BGH VersR 57/247

412) ähnlich auch Stein in Privates Wissen, S. 77 ff., wobei Stein jedoch (S. 80/81) selbst einschränkt, daß es eine kühne Behauptung der Motive (dort S. 258) sei, daß der Richter stets sachverständige Qualität habe, eine Behauptung, die, wenn sie wahr wäre, zum Verbot der Zuziehung des Sachverständigen führen müßte. Zur Problematik der Freiheit des Gerichts in der Würdigung nochmals Stein, a. a. O. S. 83.

413) BGH NJW 51/566

414) Zur freien Überzeugung bei Gutachten: BGH Vers.R 56/63; BGH VersR 58/545 ff.; BGH VersR 69/886; besonders interessant, wozu dies führt: BGH VersR 70/162, trotz Vorliegen dreier Gutachten hatte das Untergericht zur Schadenabwendung eine technische Lösung für notwendig gehalten, die keines der Gutachten erwähnt, ohne dabei seine eigenen Fachkenntnisse zu erläutern. (Sonderfall noch BGH VersR 10/248)

Die Literatur folgt dem teilweise ohne größere Kritik.⁴¹⁵⁾ So zum Beispiel auch Schneider⁴¹⁶⁾, der zur Begründung anführt, daß richterliche Funktionen nicht übertragbar seien. Er schränkt nur - worauf unten noch einzugehen sein wird⁴¹⁷⁾ - insoweit ein, daß eine Abweichung vom Gutachten ausreichend begründet, insbesondere die eigene Sachkunde nachgewiesen sein muß.

Die hier bestehenden Probleme werden von Mösl⁴¹⁸⁾ wenigstens angesprochen, wenn auch er letztlich der Auffassung der Rechtsprechung zuneigt. Er spricht wenigstens aus, welche erheblichen praktischen Schwierigkeiten mit dieser eigenen Überprüfungsmöglichkeit durch den Richter entstehen.

Von der Rechtsprechung, nach der das Gutachten eines Sachverständigen generell der freien Würdigung des Gerichts unterliegt, rückt Pieper⁴¹⁹⁾ ab. Er hält diese Rechtsprechung für unrealistisch. Nach seiner Auffassung ist für eine "freie" Beweiswürdigung in weiten Bereichen kein Raum mehr, da sich die "Verantwortung für den Richterspruch faktisch auf den Sachverständigen verlagert".⁴²⁰⁾ Das führt rein tatsächlich dazu, daß ein Sachverständigengutachten einen zur Überzeugungsbildung zwingenden Beweiswert erbringen kann. Diese Ansicht Piepers muß im Ergebnis als zutreffend angesehen werden.

415) so Stein-Jonas, ZPO Bd. II, Rdn. II zu § 412 ZPO, wobei allerdings darauf hingewiesen wird, daß das Fehlen der eigenen Sachkunde des Gerichts die Fähigkeit der Überprüfung des Gutachtens beschränkt.

Rosenberg, Lehrbuch, § 124 VI, S. 655 schließt sich dagegen der Rechtsprechung ohne nähere Erläuterung in dieser Frage an. Vergl. auch Mayer in Festschrift für Mezger S. 469; Müller, Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren, S. 350; zum Problem auch Arbab-Zadeh in NJW 70/1215 ff.

416) Schneider, Beweis und Beweiswürdigung S. 220

417) vergl. unten Fn. 434

418) Mösl in DRiZ 70/113

419) so Pieper in ZJP 84/30 ff.

420) Pieper, a. a. O. S. 32

Wie oben angeführt, ist die Frage, wann ein Sachverständigengutachten nicht erhoben zu werden braucht, erhoben werden kann und letztlich erhoben werden muß, die Grenze des "Zuziehungsermessens" des Gerichts entscheidend. ⁴²¹⁾

Bei schwierigen Fachfragen ist - insoweit in Einklang mit der Rechtsprechung - davon auszugehen, daß das Gericht jedenfalls sein Ermessen verletzt, wenn es einen Gutachter überhaupt nicht zuzieht. Das Gutachten ist für den Richter also erforderlich, weil seine eigenen Fachkenntnisse überfordert sind. ⁴²²⁾

(b) Stellungnahme zur Rechtsprechung

Damit ist die Rechtsprechung zu Gutachten bei schwierigen Fachfragen aber schon in sich widersprüchlich.

Denn sie geht zum einen davon aus, daß das eigene Fachwissen des Richters überfordert ist und er eben deshalb einen Gutachter zuziehen muß ⁴²³⁾, verlangt aber andererseits zugleich, daß der Richter jedes Abweichen vom Gutachten ausreichend zu begründen hat ⁴²⁴⁾ und dabei dann seine abweichende Meinung gerade auf eigene Sachkunde zu stützen hat. ⁴²⁵⁾

421) Vergl. oben S. 112 ff.

422) so BGH VersR 69/886

423) so: BGH VersR 69/886; OLG Hamburg JR 64/151; BGH VersR 57/244; OLG Karlsruhe DAR 65/108; BGH VersR 54/290; BGH JZ 68/670; dabei sollen die auftretenden Sonderfragen außer Betracht bleiben wie:

- 1) möglicherweise sogar Verpflichtung zur Einholung von Obergutachten BGH VersR 65/91;
- 2) Ausreichen eines im Wege des Urkundenbeweises verwerteten Gutachtens BGH VersR 56/63;
- 3) Wann die Unterlassung einer beantragten persönlichen Vernehmung des Sachverständigen einen Verfahrensfehler darstellen kann BGH NJW 51/481

424) BGH NJW 59/482; BGH FamRZ 61/306; BGH VersR 70/162, 163; Sonderfall in BGH VRS 7/323; BGH VersR 57/247; BGH NJW 51/566

425) so ausdrücklich BGH VersR 70/163; BGH Urteil v. 26.1.54 (AZ. 5 StR 585/53)

Dieses Erfordernis steht in völligem Widerspruch dazu, daß das Gutachten erst dann erforderlich wird, wenn die Fachkenntnisse der Richter bereits überfordert sind; denn allein schon wegen dieses Fehlens von Fachkenntnissen ist dem Richter eine sachliche Auseinandersetzung mit einem vorliegenden Gutachten nicht möglich.⁴²⁶⁾ Diesen Widerspruch übersieht auch Schneider⁴²⁷⁾, wenn er sich in diesem Punkt der Rechtsprechung anschließt.

Der Richter kann also wissenschaftlichen Begründungen eines Gutachtens nur eigene wissenschaftliche Begründungen entgegensetzen; er ist nicht berechtigt, den Ergebnissen einer wissenschaftlich gesicherten Lehre⁴²⁸⁾ Argumente entgegenzusetzen, die aus der bloßen Intuition oder aus der angeblichen Lebenserfahrung herrühren⁴²⁹⁾; dem Richter kann es nicht gestattet sein, einen rein subjektiven Zweifel oder die bloße Erwägung, daß auch wissenschaftlich gesicherte Lehren sich später als unhaltbar herausstellen könnten, einem zuverlässigen Beweismittel, wie es das Gutachten darstellt, entgegenzustellen.⁴³⁰⁾

Will der Richter sich also auf einem solchen besonderen Fachgebiet zu vorliegenden Gutachten in Gegensatz stellen, muß er den wissenschaftlichen Begründungen des Sachverständigen eine noch gewichtigere eigene wissenschaftliche Argumentation entgegensetzen können.⁴³¹⁾

426) auch wenn der BGH meint, nach dem Studium solcher Fachgutachten, diese ohne weiteres würdigen zu können. Dabei führt der BGH dann auch im gleichen Atemzug aus, daß "nur hervorragende Kenner des jeweiligen Fachgebietes beurteilen können, welchen Beweiswert solche Erfahrungssätze haben." vergl. etwa BGH NJW 73/1412.

427) Schneider, Beweis und Beweiswert, S. 220

428) Zu den verschiedenen Graden von Verlässlichkeit wissenschaftlicher Erfahrungssätze: Lebrecht, Betrachtungen zum technischen Sachverständigen, S. 15 ff.

429) Wobei wie oben bereits angesprochen im juristisch-medizinischen Grenzgebiet schwer zu beurteilen ist, was als gesicherte wissenschaftliche Lehre oder als anerkanntes Erfahrungswissen anzusehen ist, wobei der Richter dieses dann als eigenes Fachwissen natürlich verwenden könnte. Handelt es sich also lediglich um anerkanntes Erfahrungswissen, wird der hier behandelte Bereich "schwieriger Fachfragen" verlassen und der Richter kann wieder "frei würdigen".

430) vergl. Mösl in DRiZ 70/112

431) Mösl in DRiZ 70/113

Dies hat aber zur Folge, daß das Gericht bzw. der Richter mindestens gleichgroße Sachkunde haben müßte. Da das aber bei den hier behandelten schwierigen Fachfragen nie der Fall ist ⁴³²⁾, hat eine Beweiswürdigung praktisch zu unterbleiben. Dies beruht letztlich regelmäßig auf den mangelnden Fachkenntnissen des Richters. ⁴³³⁾ Die Folge hiervon, daß der Richter an das Fachgutachten in seiner Entscheidung gebunden ist, mag zwar eine bedenkliche Verschiebung richterlicher Verantwortung auf den Sachverständigen bedeuten ⁴³⁴⁾, ist aber wegen des andauernden Fortschritts der Technik, Medizin und übrigen Naturwissenschaften unumgänglich. Wird der Richter mit solchen Fragen - wie heute regelmäßig - konfrontiert, kann er nicht gleichzeitig Baufachmann, Techniker und Arzt (natürlich jeweils mit seinen Fachkenntnissen auf dem neuesten Stand) sein. Der Richter ist auf den Sachverständigen angewiesen. Eine eigene Würdigung, soweit schwierige Fachfragen zu beantworten sind, hat zu unterbleiben.

Das Gutachten erbringt hier einen solchen "Grad von Wahrscheinlichkeit", der die Bindung des Richters an das Gutachten zur Folge hat. ⁴³⁵⁾ ⁴³⁶⁾

-
- 432) Ansonsten wäre ja auch regelmäßig die Verwendung eigenen Fachwissens ohne Gutachten möglich. Lebrecht, Betrachtungen zum technischen Sachverständigen, S. 55
- 433) vergl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, Rdn. 3 A zu § 372 a ZPO; abzulehnen insoweit die Entscheidung des BGH 12/41, 46 ff.
- 434) Bedenken sowohl bei:
a) Abrar-Zadeh in NJW 70/1215
b) Schneider, Beweis und Beweiswert, S. 220
c) Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. II, Rdn. I 2 vor § 402 ZPO
- 435) ein Ergebnis, das die Rechtsprechung im übrigen nicht völlig ablehnt. So hierzu: BGH 2/6; BGH 12/22 ff. (hiergegen aber Widerspruch in BGH 12/40 ff.) Sie hat dies aber auf den Sonderbereich des Vaterschaftsprozesses beschränkt.
- 436) dieses Ergebnis sieht der BGH ansonsten noch in Ausnahmefällen als möglich an, ohne dies jedoch für den gesamten Komplex der schwierigen Fachfragen gelten zu lassen, so BGH NJW 61/2061: "Ein Gericht kann sich mitunter gezwungen sehen, dem Gutachten zu folgen, wenn ihm nämlich unmöglich eine ausreichende Sachkunde zur Widerlegung dieses Gutachtens zukommen kann."

Zu welchen unhaltbaren Konsequenzen die Annahme der Rechtsprechung führt, daß ein Gericht in der Lage sei, sich mit einem Fachgutachten auseinanderzusetzen, zeigen zwei Entscheidungen des BGH deutlich. So führt der BGH ⁴³⁷⁾ in der einen aus, daß "auch durch die Einholung eines Obergutachtens es sich nicht immer vermeiden lasse, daß der Richter über Fragen entscheiden muß, für die ihm die Sachkunde fehlt und auf die ihm die Sachverständigen keine einhellige Antwort geben."

(c) Sonderfall widersprüchlicher Gutachten

Daß es zu dem vom BGH in den oben genannten Entscheidungen angesprochenen Problem widersprüchlicher Gutachten kommen kann, ist durch die Regelung des § 412 ZPO bedingt. ⁴³⁸⁾ Der Streit, ob es sich bei den Gutachten des § 412 ZPO um ein "weiteres Gutachten" oder um ein "Obergutachten" handelt, spielt dabei keine wesentliche Rolle. ⁴³⁹⁾

437) BGH VersR 65/91 ff., 93; bei widersprechenden Gutachten kann das Gericht sein "Überlegenes Fachwissen" sogar aus den erstatteten sich widersprechenden Fachgutachten entnehmen: BGH Urteil vom 3.7.56 - 5 STR 123/56 (Entscheidung allerdings in Strafsachen)

438) vergl. Schneider in ZJP 75/181

439) den oft verwendeten Begriff des "Obergutachtens" kennt die ZPO nicht (vergl. hierzu aber § 265 Abs. 5 LAG) Im Interesse der Sauberkeit der Terminologie wird deshalb auch vorgeschlagen, auf diesen Begriff des Obergutachtens überhaupt zu verzichten, Walter/Küper NJW 68/183; Friedrichs DRiZ 71/312.
So wird als "Obergutachten" etwa jedes weitere Gutachten zu demselben Beweisthema bezeichnet; so Stein-Jonas II, Rdn. 11 zu § 412 ZPO; BGH VRS 3/423; BGH VersR 59/395; BGH NJW 53/1343; BGHZ 53/245. Demgegenüber faßt Jessnitzer, Der gerichtliche Sachverständige, S. 230 diesen Begriff wesentlich enger: "Obergutachter ist ein Sachverständiger, der hinzugezogen wird, um kraft besonderer Autorität Zweifel zu klären, die durch gegensätzliche Auffassungen mehrerer vor ihm gehörter Sachverständiger entstanden sind." So auch zu finden bei: Müller, Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren, S. 73; Bremer, Der Sachverständige, S. 84

Entscheidend ist bei widersprüchlichen Gutachten genauso, wie wenn nur ein Gutachten vorliegt, ob der Richter an das Ergebnis eines Gutachtens wegen seines Beweiswertes gebunden sein kann. Es ist auch hier zunächst zu trennen, zu welchen Beweisthemen widersprüchliche Gutachten vorliegen.

Geht es um eine streitige Tatsache, die der Richter allein aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung entscheiden kann ⁴⁴⁰⁾, können auch mehrere - widersprüchliche - Gutachten, die erhoben werden, den Richter nicht in irgendeiner Richtung binden. ⁴⁴¹⁾ Genauso, wie er dem einen Gutachten seine eigene "allgemeine Lebenserfahrung" entgegensetzen kann ⁴⁴⁰⁾, ist ihm das natürlich auch beim Vorliegen zweier - widersprüchlicher - Gutachten möglich. Der Widerspruch zwischen den Gutachten ist hier nur ein scheinbares Problem. ⁴⁴²⁾ Der Richter wird in der Freiheit seiner Überzeugungsbildung durch die Gutachten nicht eingeschränkt.

Hat der Richter Fachfragen zu entscheiden, die zwar nicht mehr zum Bereich der allgemeinen Lebenserfahrung gehören, bei denen er aber seine eigene Sachkunde verwerten darf ⁴⁴³⁾, tritt ein Problem bei widersprüchlichen Gutachten ebenfalls nur scheinbar auf. ⁴⁴⁴⁾ Denn es liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Richters, ob er in diesen Fällen überhaupt ein Sachverständigengutachten einholt oder sich auf seine eigene Sachkunde verläßt. ⁴⁴⁵⁾

440) vergl. hierzu oben S. 113; Fälle "allgemeiner Lebenserfahrung": BGH VRS 23/410 ff.; BGH VRS 33/175; BAG VersR 70/1141; hierzu auch Schneider in MDR 75/540

441) Stein-Jonas Vor § 402 ZPO Rdn. III, 2; Pieper in ZJP 84/12,13; Mösl in DRiZ 70/110

442) Manasse, Der Sachverständige, S. 71

443) vergl. im einzelnen oben S. 115 ff.

444) Manasse, Der Sachverständige, S. 71

445) BGH NJW 51/481; RG 94/116; Pieper ZJP 84/15; BGH JZ 68/670

Der Richter kann auch hier noch auf seine "eigene Fachkunde" zurückgreifen und den Widerspruch selbst lösen. Er hat in diesem Fall allerdings die Verpflichtung, sein Sachwissen den Parteien rechtzeitig mitzuteilen.⁴⁴⁶⁾ Eine Bindung an die Gutachten besteht aber weder positiv noch negativ.

Erst bei Entscheidungen, die nicht mehr auf der Grundlage eigenen Fachwissens des Richters getroffen werden können⁴⁴⁷⁾, wird der Widerspruch zwischen mehreren Gutachten zu einem Problem. Liegen mehrere Gutachten vor, die zu verschiedenen Ergebnissen für die streitige Tatsache kommen, muß darin nicht unbedingt ein wirklicher Widerspruch liegen. Bedingt ist das durch die Rechtsprechung, die sich zu der Vorschrift des § 412 ZPO gebildet hat. Ein zweites Gutachten, das gegenüber einem Erstgutachten zu einem abweichenden Ergebnis kommen kann, wird im allgemeinen nur erhoben, wenn⁴⁴⁸⁾:

- 449)
- entweder das erste Gutachten "grobe Mängel" aufweist, so z.B. von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht. 450)
- oder wenn die Sachkunde des ersten Gutachters zweifelhaft ist. 451)

446) vergl. hierzu oben S. 121; insbesondere BGH VersR 70/162; BGH JZ 68/670

447) vergl. in einzelnen hierzu oben S. 122 ff.

448) Jessnitzer, a. a. O. S. 228; Pieper in ZJP 84/26; hierzu auch Kerameus, Die Entwicklung des Sachverständigenbeweises, S. 113

449) BGH MDR 53/605; BGH VersR 55/279; BGH VersR 63/91,93; BGH NJW 53/1342; BGH 10/266; BGH LM Nr. 2 zu § 404 ZPO; KG DAR 73/271; zur Frage des mangelhaften Gutachtens auch Ley, Die Pflicht des Strafrichters zur Anhörung weiterer Sachverständiger, S. 23 ff., insbesondere auch S. 35 ff.

450) Jessnitzer, a. a. O. S. 225; Schneider in ZJP 75/204; BGH VersR 71/472,473; KG VersR 73/525,526

451) Jessnitzer, a. a. O. S. 225; Walter/Küper NJW 68/183; BGH DRiZ 67/166; BGH NJW 55/1643

- oder wenn ein neuer Sachverständiger über überlegene Forschungsmittel verfügt. 452)
- oder wenn es sich um ein Gutachten von besonderer Schwierigkeit handelt. 453)

Zu wirklich widersprüchlichen Gutachten kann es bei diesen von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen nur dann kommen, wenn zu besonders schwierigen Fachfragen mehrere Gutachten erhoben werden. In allen anderen Fällen, wenn das erste Gutachten entweder an "grobe Mängel" leidet, die Sachkunde des ersten Gutachtens zweifelhaft ist oder der zweite Sachverständige über "überlegene Forschungsmittel" verfügt, liegt mit dem zweiten "widersprüchlichen" Gutachten tatsächlich erst das erste verwertbare Gutachten vor. Kommt es bei "besonders schwierigen" Sachverständigenfragen zu Gutachten mit widersprüchlichen Ergebnissen, gerät der Richter, da er seine Entscheidung nicht mehr auf der Grundlage eigenen Fachwissens treffen kann, in eine ähnliche Situation wie bei sich widersprechenden Aussagen gleich glaubwürdiger oder unglaubwürdiger Zeugen.

Es tritt ein non liquet in der Tatfrage ein. Der Richter hat nach der Beweislast zu entscheiden und ist daher bei besonders schwierigen Fachfragen an das - wenn auch widersprüchliche - Beweisergebnis gebunden. Den Meinungsstreit zwischen verschiedenen wissenschaftlichen Auffassungen von Sachverständigen einzelner Disziplinen zu entscheiden, ist der Richter nicht in der Lage und wohl auch nicht berufen. 454)

-
- 452) Jessnitzer, a. a. O. S. 228; BGH VersR 71/473; BGH VersR 70/256; BGH FamRZ 70/17; KG DAR 73/271; OLG Bremen VersR 70/447
 - 453) Jessnitzer, a. a. O. S. 225; BGH VersR 61/616; BGH FamRZ 62/115; BGH FamRZ 61/306; BGH Urteil v. 4.10.65 III ZR 178/63 (unveröffentlicht) BGH LM Nr. 2 zu § 793 ZPO; BGH VersR 69/188; "ganz besonders schwierig" BGH VersR 60/597
 - 454) Es erscheint wirklichkeitsfremd, wenn der BGH daran festhält, daß "der Richter über Fragen entscheiden muß, für die ihm die Sachkunde fehlt und auf die ihm die Sachverständigen keine einhellige Antwort geben" (so BGH VersR 65/91, 93 ff.); kritisch zu dieser Rechtsprechung auch Pieper in ZJP 84/27; Walter/Klüper NJW 68/185

(d) Andere Lösungsmöglichkeiten

Bei einer solchen positiven wie negativen Bindung des Richters an Gutachten zu besonders schwierigen Fachfragen kann es zu einer freien Beweiswürdigung nicht mehr kommen.

Will man dieses Ergebnis - etwa wegen Bedenken dagegen, daß richterliche Verantwortung in Richtung auf den Sachverständigen verschoben werde - vermeiden, bliebe nur eine Änderung in der Ausbildung der Richter und in dem üblichen System der Geschäftsverteilung.

Auf der Grundlage einer bestimmten Fachausbildung sähe sich der Richter zu Recht in der Lage, entsprechende Fragen - u.U. unter reiner Mithilfe eines Sachverständigen - sachkundig zu entscheiden. Eine solche Fachausbildung gibt es aber nicht und sie ist auch nicht in Aussicht. Eine wesentliche Verbesserung könnte auch durch eine Erweiterung des Systems von Fachkammern (bzw. Fachrichtern) erreicht werden.⁴⁵⁵⁾ Dies würde aber voraussetzen, daß die Geschäftsverteilung rein nach Fachbereichen erfolgt und so auch bleibt, da nur eine lange Erfahrung den Fachrichter in die Lage versetzt, wirklich sachkundig entscheiden zu können. Zudem müßte dem jeweiligen Richter eine ausreichende Fortbildung⁴⁵⁶⁾ im Fachbereich ermöglicht werden.

455) Wie etwa der "Verkehrsrichter", hierzu u.B. Arbab-Zadeh NJW 70/1216 ff. Eine Frage, mit der sich bereits im Mai 1969 in Berlin der III. internationale Richterkongreß beschäftigt hat; Empfehlung einer weiteren Spezialisierung "im Interesse einer sachkundigen Entscheidung", so mit Hinweis auf tatsächliche Verhältnisse insbesondere auf Geschäftsverteilungsplätze Wassermann in ZRP 70/5 ff.; Forderung von Blomeyer auch in dieser Richtung in ZRP 70/153 ff.; vergl. auch Thieme in DRiZ 69/237; für den Bereich der Sozialgerichtsbarkeit Friedrichs in ZRP 83/397

456) Arbab-Zadeh sieht das Problem allerdings schon für die Verständigung mit dem Sachverständigen (NJW 70/1215 ff.)
So auch Blomeyer in ZRP 70/155 mit Hinweis auf die besonders problematischen Fachgebiete.

Diese beiden Lösungsmöglichkeiten werden zwar diskutiert, werden aber sicherlich nicht in nächster Zeit in die Praxis umgesetzt werden können. 457)

Dabei bleibt allerdings die Frage, ob auf lange Sicht auf den wirklichen Fachrichter verzichtet werden kann, da der Raum, der bei der Entscheidung durch den Sachverständigen bestimmt wird, im Zuge der weiteren technischen Entwicklung immer größer werden wird. Man denke hierbei nur an die Probleme, die in absehbarer Zeit aus der Automatisierung von Rechnungs- und Buchungswesen und aus der Verwendung von Computern bei immer mehr Vorgängen des täglichen Lebens, entstehen können und werden. Damit ist im Ergebnis aber auch nur aufgezeigt, daß gegenwärtig eine andere, als die vorstehend gezeigte Lösung nicht möglich ist.

(e) Der verbleibende Bereich freier richterlicher Würdigung

Geht man von dem oben gefundenen Ergebnis der Bindung an das Sachverständigengutachten aus, bleibt für die Frage des Beweiswerts des Gutachtens offen, worauf sich die "freie Beweiswürdigung" des Richters noch beziehen kann.

Hier ergibt sich ähnlich wie beim Zeugen das Problem der "Glaubwürdigkeit" des Gutachtens als solchen.

457) Als andere Lösungsmöglichkeiten werden noch angesehen:

- a) bessere Kooperation zwischen Richtern und Sachverständigen, so Varrentrapp in DRiZ 69/351 ff.
- b) bei größeren Gerichten Schaffung "beratender Gremien" bei den Industrie und Handelskammern, oder auch Heranziehung erfahrener Techniker als Beisitzer, Varrentrapp in DRiZ 69/352.
- c) Schaffung eines Institutes für gerichtliche Technik, vergl. Lebrecht in VDI-Informationen Nr. 22, April 1969 (Vom technischen Expertenbeweis in der Rechtsprechung und der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit); Lebrecht erhebt Forderung nach solchem Institut zur Verständigung über die Begriffe des Beweiswertes. Vergl. zum ganzen auch NJW 69/1420, 1421; Grunewald in NJW 70/1452. Im Ergebnis würde der Richter aber auch auf ein solches Institut angewiesen bleiben und wäre an dessen Ergebnisse gebunden.
- d) Wassermann ZRP 70/5 ff. tritt demgegenüber für eine Verstärkung außerrechtlicher Fachkenntnisse ein.

Es kommt - sofern nicht bei der Gutachtenerstattung besondere Fehler vorliegen⁴⁵⁸⁾ - darauf an, wie tragfähig der vom Sachverständigen zur Beantwortung der Fachfrage verwandte wissenschaftliche Erfahrungssatz ist.

Denn die Frage des im Sinne von § 286 ZPO notwendigen Grades von Wahrscheinlichkeit verlagert sich für Fragen, in denen eine Bindung an das Gutachten gegeben ist, dahin, mit welchem Grade von Wahrscheinlichkeit von der Richtigkeit des erstatteten Gutachtens ausgegangen werden kann. Dies wiederum ist - wie oben angedeutet - nach dem für die Begutachtung verwendeten Erfahrungssatz zu bestimmen.

Die wissenschaftlichen Erfahrungssätze, die ein Sachverständiger seinem Gutachten zugrunde legt, sind nach dem jeweiligen Stand von Wissenschaft und Forschung auf den einzelnen Gebieten natürlicherweise von unterschiedlicher Tragfähigkeit.

Dementsprechend muß an dieser Stelle auch differenziert werden, daß nur solche Fachgutachten die oben angenommene Bindung des Richters zur Folge haben können, die auf der Grundlage wissenschaftlicher Erfahrungssätze erstellt sind, die als gesichert angesehen werden können.

(f) Begriff des technischen wissenschaftlichen Erfahrungssatzes
und das Maß der durch ihn begründeten Wahrscheinlichkeit

In diesem Zusammenhang wird es notwendig, auf den Begriff des "technisch wissenschaftlichen Erfahrungssatzes" einzugehen, denn den vom Juristen verwendeten Begriff des "Erfahrungssatzes" kann man nicht ohne weiteres zugrundelegen.

458) so etwa BSG VersR 69/1092;
Vergl. im einzelnen oben S.130

Dies beruht zum einen auf den grundsätzlichen Verständigungsschwierigkeiten zwischen Richtern und Sachverständigen⁴⁵⁹⁾, zum anderen aber auch auf dem anderen Verständnis des Nichtjuristen von dem, was man als "ausreichenden Grad von Wahrscheinlichkeit" ansehen kann.⁴⁶⁰⁾ Gerade diese Gefahr, daß das Gericht den Wahrscheinlichkeitsgrad der Sachverständigenaussage nicht zutreffend auffaßt⁴⁶¹⁾, macht die Erläuterung des technisch wissenschaftlichen Erfahrungssatzes notwendig.

Man hat zunächst zwischen den verschiedenen Begriffen Erfahrung, objektiver Erfahrung, Hypothese, Wahrscheinlichkeit, Gewissheit und gesichertem Erfahrungssatz (=Lehrsatz) zu unterscheiden.

Es ist der besondere Verdienst von Lebrecht, in Zusammenarbeit mit Technikern und Juristen zu einem besseren Verständnis der in den verschiedenen Disziplinen unterschiedlich gebrauchten Begriffe beigetragen zu haben.

Das Wort "Erfahrung" ist für den Sachverständigen zunächst noch kein Qualitätsnachweis für seine Verwendung, sondern erst die voll anerkannte, weil gesicherte Erfahrung hat Qualität zu beweisen.⁴⁶²⁾

Darin zeigt sich schon, daß die "Erfahrung" verschiedenste Stadien des Erkennens in sich schließt. Dabei ist der Erfahrungssatz die den Gegenstand einer Erfahrung beschreibende, beweispflichtige Aussage⁴⁶³⁾, während eine Hypothese bereits "unterbewiesen"⁴⁶³⁾ aber noch durchaus diskussionsfähig ist.

459) Mezger, Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß, 1918, Beilage zu ACP 117;
Jessnitzer, Der gerichtliche Sachverständige, S. 40 ff. mit einigen Beispielen unterschiedlicher Begriffsbildungen im technischen und juristischen Bereich; Leferenz, Kriminalbiologische Gegenwartsfragen, Heft 5, S. 1 ff.; Arbab-Zadeh in NJW 70/1214 ff., 1216;

460) Lebrecht, a. a. O. S. 24, 25

461) Lebrecht, a. a. O. S. 19

462) Lebrecht, a. a. O. S. 17

463) Lebrecht, a. a. O. S. 16

Als Lehrsatz wird erst der "gesicherte Erfahrungssatz" angesehen. Ein so entwickelter, ausdiskutierter Satz ist im Grunde dann nicht mehr diskussionsfähig.⁴⁶⁴⁾ Dieser Satz vermittelt dem Techniker dann "Gewißheit",⁴⁶⁵⁾ während der Jurist nur von "an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" sprechen würde. Für das technische Beweisd Denken hat den höchsten Wertegrad diejenige Überzeugung, die durch Erfahrung und Widerspruchsfreiheit in der Fachwelt gestützt wird.⁴⁶⁶⁾

Hat man den Wert eines solchen "gesicherten Erfahrungssatzes" erkannt, kann nicht mehr ernsthaft bestritten werden, daß ein auf der Grundlage eines "Lehrsatzes" erstattetes Gutachten den Richter in seiner Entscheidung binden muß.

(g) Würdigung der Person des Gutachters?

Kann sonach richtigerweise die inhaltliche Würdigung des Gutachtens nicht infrage kommen, bleibt noch offen, ob die Person des Sachverständigen selbst auf ihre "Glaubwürdigkeit" zu würdigen ist.

Je komplizierter und technisierter die Welt geworden ist, je mehr sich die Wissenschaften differenzieren, um so größere Sorgfalt wird dem Richter abverlangt, überhaupt den geeigneten Sachverständigen zu finden und heranzuziehen.⁴⁶⁷⁾

Der Richter ist also bereits bei der Auswahl - nicht erst beim Vorliegen des Gutachtens - vielfach vor ein Problem gestellt. So kann schon frag-

464) Lebrecht, a. a. O. S. 17

465) Lebrecht, a. a. O. S. 25

466) Lebrecht, a. a. O. S. 62

467) Friedrichs in ZJP 83/394 ff., 404 : Richter und Sachverständiger aus der Sicht der Sozialgerichtsbarkeit; Falck, Der technische Sachverständige im Strafprozeß in JR 55/286

lich sein, ob der Richter überhaupt einen Gutachter der richtigen Fachdisziplin bestellt hat. ⁴⁶⁸⁾ ⁴⁶⁹⁾ In diesem Fall hat der Richter zu überlegen, ob er das Gutachten überhaupt verwerten kann. Den Sachverständigen auf seine "Glaubwürdigkeit" zu würdigen, könnte hier erst in zweiter Linie zum Problem werden.

Generell könnte man aber daran denken, daß es dem Richter bei der Person des Sachverständigen - ähnlich wie beim Zeugen - nicht verwehrt ist, sich über deren "Glaubwürdigkeit" ein Urteil zu bilden.

Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, daß es beim Sachverständigen nicht um seine Person als solche geht, sondern allein um das durch ihn vermittelte Fachwissen. Die "Glaubwürdigkeit" spielt somit nur bezüglich des Nachweises seines eigenen Fachwissens, nicht hinsichtlich seiner Person eine Rolle.

Den Nachweis des notwendigen Fachwissens kann der Richter außer bei einer abgeschlossenen Fachausbildung des Gutachters insbesondere dann als erbracht ansehen, wenn der einzelne Sachverständige öffentlich bestellt und vereidigt ist. Dies liegt darin begründet, daß die Entscheidung über die zur Bestellung notwendige über das übliche Maß hinausgehende Sachkenntnis und Vertrauenswürdigkeit von berufsständigen Organen getroffen wird, bei denen ihrerseits die entsprechende Sachkunde für die Auswahl erwartet werden kann. ⁴⁷⁰⁾

468) vergl. etwa BGH NJW 69/2295

469) Eine Möglichkeit, das Problem der Auswahl zu vereinfachen, zeigt Lebrecht z.B. in dem von ihm angestrebten "Institut für gerichtliche Technik" auf: VDI-Information Nr. 22, April 1969, S. 10

470) BVerwG in NJW 57/1248

Schon diese Tatsache führt zu einem erhöhten Wert des Gutachtens eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen. Er besitzt ein Privileg erhöhter Glaubwürdigkeit. ⁴⁷¹⁾

Hier kehrt ähnlich wie oben ⁴⁷²⁾ wieder, daß der Richter sich bei der Würdigung der Fachkenntnis eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen ein Urteil ohne Fachkenntnis anmaßen würde. Wird dem Gutachter durch berufsständische Organe seine besondere Sachkunde bestätigt, ist dem Gericht eine Würdigung seines Fachwissens verschlossen. ⁴⁷³⁾

474) 475)

471) BVerwG in NJW 60/690

472) vergl. oben S. 126 ff.

473) Wird seitens des Gerichts kein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger bestellt, ist schon fraglich, ob das Gericht nicht sein Auswählmessen überschritten hat. Vergl. hier auch § 404 II ZPO

474) Wie oben ausgeführt, würde die eigene Beurteilung des Beweiswerts eines Gutachtens zur Voraussetzung haben, daß das Gericht den entsprechenden Gedankengang in vollem Umfang nachzuvollziehen in der Lage ist. Dies ist ihm normalerweise in den oben behandelten Fallgestaltungen nicht möglich. (ähnlich Pieper in ZZP 84/55)
Da jedoch die Parteien die Möglichkeit haben müssen, sich mit den Grundlagen der späteren Entscheidung auseinanderzusetzen, der Richter selbst aber die notwendige Begründung nicht geben kann, muß zwangsläufig der Sachverständige verpflichtet sein, sein Gutachten ausreichend zu begründen und zu erläutern.
Dabei hat der Sachverständige, wie auch der Richter bei der Verwertung eigenen Fachwissens, darzulegen, welchen Grad der Anerkennung die von ihm verwandten Erkenntnisse und Untersuchungsmethoden genießen.
(Vergl. auch Müller, Der Sachverständige..., S. 352; Döhring, Die Erforschung des Sachverhalts, S. 264)
Die Begründungspflicht, die § 286 ZPO postuliert, verlagert sich hier also vom Richter auf den Sachverständigen.

475) a.A. zum Beispiel Schneider, Beweis und Beweislast, S. 228, der jedoch dem Sachverständigengutachten zumindest einen ungleich höheren Beweiswert einräumt.

Als Konsequenz dieses Ergebnisses, daß in schwierigen technischen und naturwissenschaftlichen Fragen der Richter in der Regel nicht in der Lage ist, beispielsweise komplizierten Berechnungen des Sachverständigen u. a. zu folgen, ist ihm auch die Möglichkeit genommen, selbst zu beurteilen, ob der zum Nachweis der im einzelnen streitigen Tatsache gem. § 286 ZPO notwendige "Grad von Wahrscheinlichkeit" durch das Gutachten begründet ist (letztlich also die Frage, ob der vom Sachverständigen zugrunde gelegte Erfahrungssatz als "gesichert" angesehen werden kann ⁴⁷⁶⁾).

Daher muß es neben der Erstattung des Gutachtens zugleich Aufgabe des Sachverständigen sein, einen etwa bestehenden Meinungsstreit über Lehrsätze und Untersuchungsmethoden darzustellen. ⁴⁷⁷⁾ Der Gutachter hat auszuführen, ob ein solcher oder ähnlicher Erfahrungssatz in der Wissenschaft unangefochten feststeht. ⁴⁷⁸⁾ Er kann lediglich auf die Darstellung von Mindermeinungen verzichten, die in den maßgeblichen Fachkreisen nicht ernsthaft zur Diskussion stehen. ⁴⁷⁹⁾

Der Sachverständige hat also selbst anzugeben, mit welchem Grad von Wahrscheinlichkeit sein Gutachten in der Lage ist, den Nachweis für die streitige Tatsache zu erbringen. Zugleich würdigt er damit, da der Richter hierzu nicht in der Lage ist, sein eigenes Gutachten. Weiter kommt hinzu, daß der Begriff der "an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit" der zur Überzeugungsbildung für den Richter ausreichend wäre, in Verständnis und juristischer Bedeutung dem Sachverständigen normalerweise nicht geläufig ist ⁴⁸⁰⁾.

476) vergl. oben S. 135, 136

477) Müller, a. a. O. S. 265, 266; Döhring, a. a. O. S. 264

478) BGH NJW 54/649 ff., 650

479) BGH NJW 54/83: "Eine dem Gutachten zugrundeliegende Lehre muß in den maßgebenden Fachkreisen allgemein und zweifelsfrei als richtig und zuverlässig anerkannt sein.

480) Lebrecht, a. a. O. S. 21 ff.

Es ergeben sich also auch an diesem Punkt schon rein praktische Verständnisschwierigkeiten zwischen den Disziplinen. ⁴⁸¹⁾

Zur Lösung dieses zusätzlichen Problems bieten sich zwei Möglichkeiten an:

- Man überläßt die Frage, ob die vom Sachverständigen dem Gutachten zugrundegelegten "Erfahrungssätze" zur Begründung eines "an Sicherheit grenzenden Grades von Wahrscheinlichkeit" ausreichen, wieder der "freien Überzeugung" des Richters, da insoweit die Bewertung eines juristischen Begriffes infrage steht.
Eine solche Lösungsmöglichkeit hat jedoch wenig für sich, denn die "an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit" im Sinne des § 286 ZPO ist ja hier zugleich Fachfrage. Der Richter würde hier wieder außer seiner eigenen rechtlichen Entscheidung eine weitere Entscheidung über die Vorzugswürdigkeit streitiger wissenschaftlicher Erkenntnisse treffen.
- So bleibt nur eine zweite Lösungsmöglichkeit für dieses Problem. Besteht aus den aufgezeigten tatsächlichen Gründen keine andere Möglichkeit, als es dem Sachverständigen selbst zu übertragen, den Beweiswert seiner gutachtlichen Stellungnahme zu bestimmen und soll daneben vermieden werden, daß der Nachweis streitiger Tatsachen auf der Grundlage zweifelhafter Gutachten erfolgt, bleibt nur als Lösung: Es kann dem Sachverständigen nicht überlassen bleiben, im Falle streitiger wissenschaftlicher Erkenntnisse den Beweiswert seines Gutachtens zu beurteilen. Da hierzu aber der Richter noch weniger in der Lage ist, kann nur dann ein Nachweis durch das Gutachten als erbracht angesehen werden, wenn das Gutachten auf einer ausreichenden Grund-

481) Arbab-Zadeh NJW 70/1216; vergl. auch oben Fn. 461

lage erstattet ist.

Diese Grundlage kann aber mit Sicherheit nur dann als ausreichend angesehen werden, wenn der Sachverständige bestätigen kann, daß der von ihm zugrundegelegte Erfahrungssatz als "gesichert" angesehen werden kann.⁴⁸²⁾ Nur diese - in der Naturwissenschaft so bezeichnete - "Gewißheit" kann also letztlich Beweis erbringen.

In allen anderen Fällen hat der Richter für seine Entscheidung davon auszugehen, daß ein Nachweis der streitigen Tatsache nicht erbracht ist. Es hat also eine Beweislastentscheidung zu erfolgen.

Ist im Ergebnis, wie oben dargestellt, die Beweiswürdigung des Richters im Bereich der schwierigen technischen und naturwissenschaftlichen Fragen ausgeschlossen, muß man in der Tat davon ausgehen, daß es hier zu einer partiellen Rückkehr zur formellen Beweistheorie des gemeinen Prozeßrechts kommt.⁴⁸³⁾

Dies jedoch ist die Konsequenz der ständigen technischen und wissenschaftlichen Weiterentwicklung unserer Zeit, wobei eine parallele, diesem Fortschritt angepaßte Fortentwicklung der Justiz fehlt.

Es bleibt somit im Interesse sachrichtiger und gerechter Entscheidungen nur, der für die Entscheidung notwendigen Sachkunde des Sachverständigen zu vertrauen, oder aber eine ausreichende fachliche Qualifikation des entscheidenden Richters zu verlangen. Das zweite jedoch nur als Zukunftsvision.⁴⁸⁴⁾

482) Terminologie so Lebrecht, a. a. O. S. 15 ff., 25 ff.

483) Pieper, a. a. O. S. 29

484) vergl. oben S. 132 ff.

- d) Zusammenfassend kann damit zum Sachverständigenbeweis festgehalten werden:

Es sind für Sachverständigenfragen verschiedene Bereiche zu trennen:

1. So gibt es in fachliche Bereiche hineinspielende Fragen, die vom Richter aufgrund der Lebenserfahrung (im weiteren Sinne) entschieden werden können.
Hier ist der Richter nicht gehalten, einen Sachverständigen zuzuziehen, so daß auch eine Bindung des Richters in solchen Fällen nicht angenommen werden kann. Einen wirklich feststellbaren Grad von Wahrscheinlichkeit kann ein Sachverständigengutachten hier nicht erbringen.
2. Dagegen verläuft durch die reinen Fachfragen dort eine Grenze, wo solche Fragen wegen ihrer Schwierigkeit allein noch vom Sachverständigen beantwortet werden können. An Gutachten, die über derartige schwierige Fachfragen erstattet sind, ist der Richter gebunden, wenn der dem Gutachten zugrundegelegte Erfahrungssatz als "gesichert" angesehen werden kann.
Hier wird ein die richterliche Überzeugung bindender "Grad von Wahrscheinlichkeit" durch das Gutachten des Sachverständigen begründet.

6. Ermittlung eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrades für die
Überzeugungsbildung beim Indizienbeweis

a) Begriff des Indizienbeweises

Im Gegensatz zu den übrigen Beweismitteln wird mit dem Indizienbeweis nicht das Vorliegen von Merkmalen des Tatbestandes unmittelbar nachgewiesen.⁴⁸⁵⁾ Es handelt sich beim Indizienbeweis also um einen mittelbaren, nicht um einen unmittelbaren Beweis.⁴⁸⁶⁾ Der entscheidende Unterschied zu den übrigen Beweismitteln liegt bei dem mittelbar erbrachten Beweis darin, daß aus Hilfstatsachen - Tatsachen, die nicht unmittelbar Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind - auf andere für den Tatbestand erhebliche Tatsachen geschlossen wird.

Daraus folgt für sein Verhältnis zu den übrigen Beweismitteln notwendig, daß er nur bei dem Versagen anderer Beweismittel in Betracht kommen kann.

Da diese Hilfstatsachen erst im Zusammenwirken mit anderen Tatsachen den Schluß auf das Vorliegen des Tatbestandes selbst rechtfertigen, ist Hauptbestandteil des Indizienbeweises nicht die eigentliche Indizatsache, sondern der daran anknüpfende weitere Denkprozeß, kraft dessen auf das Gegebensein der rechtserheblichen weiteren Tatsache geschlossen werden kann.⁴⁸⁷⁾

485) BGH 53/260; Rosenberg, Lehrbuch 11. Auflage § 113 II, 5; Meixner, Der Indizienbeweis, S. 48. Er sieht im Gegensatz zu Geständnis und Zeugenbeweis, die sich auf persönliche Wahrnehmungen über begangene oder beobachtete Handlungen beziehen, die Indizien als "stumme Zeugen" der Tat aus denen Folgerungen gezogen werden.

486) Hainmüller, a. a. O. S. 22

487) BGH 53/261

Dabei stellt der Anzeichen- oder Indizienbeweis keinerlei Beweiserleichterung dar. Schon die RG-Rechtsprechung⁴⁸⁸⁾ - dem folgend der BGH⁴⁸⁹⁾ - hat dies unmißverständlich klargestellt.

Es ist daher auch bei der Erbringung eines Beweises durch Indizien volle richterliche Überzeugung zu verlangen.

Die beschriebene Besonderheit des Indizienbeweises, daß das wahrgenommene Beweisresultat noch nicht das Tatbestandsmerkmal ergibt, sondern lediglich den Schluß hierauf zuläßt, hat dieser mit dem Anscheinsbeweis gemein.⁴⁹⁰⁾ Auch beim Anscheinsbeweis wird von einer (bewiesenen oder unstreitigen) Tatsache mit Hilfe von "Lebenserfahrung" auf eine andere Tatsache geschlossen.⁴⁹¹⁾

Die Rechtsprechung hat sich wegen der nahen Verwandtschaft beider Beweisarten bemüht, den Indizienbeweis vom Anscheinsbeweis deutlich zu trennen. Beim Anscheinsbeweis wird nach der Rechtsprechung⁴⁹²⁾ ein typischer Geschehensablauf vorausgesetzt. Es muß sich um einen Tatbestand handeln, bei dem aus dem regelmäßigen und üblichen Verlauf der Dinge nach der Erfahrung des täglichen Lebens ohne weiteres auch auf den Hergang im einzelnen Fall geschlossen werden kann, bei dem also die besonderen Umstände gerade dieses Falles hinter seinem typischen Erscheinungsbild völlig zurücktreten.

488) RG 163/28: "Bei dem gewöhnlichen Beweis durch Anzeichen genügt aber erst recht nicht eine größere oder geringere Wahrscheinlichkeit, wie sie das Berufungsgericht für ausreichend zu erachten scheint, sondern es ist, um den Beweis als erbracht anzusehen, die volle richterliche Überzeugung notwendig. Hierbei ist bei dem gewöhnlichen Beweis durch Anzeichen sogar mit besonderer Vorsicht zu verfahren, damit die Beweisführung keine irgendwie beachtliche Lücke aufweist, während beim Beweis des ersten Anscheins gewisse Lücken in der Feststellung des Geschehensablaufes im einzelnen durch Berücksichtigung allgemeiner Erfahrungssätze über den regelmäßigen Verlauf ausgefüllt werden."

489) BGH NJW 51/71; BGH VersR 56/85; BGH VersR 56/148; BGH VersR 56/276; BGH LM (C) Nr. 11 zu § 286 ZPO; so auch OGHZ 4/108

490) a.A. Klopsch, Der Prima-Facie-Beweis, S. 92

491) Vergl. S. 163 f.

492) zum typischen Geschehensablauf: schon RG 130/259; RG 134/241; RG 153/137; RG 163/27; BGH NJW 51/360 m.w.H.; BGH MDR 51/87; BGH LM (C) Nr. 1 zu § 286 ZPO; BGH LM Nr. 8 zu § 1006 BGB

Beim Indizienbeweis geht es hingegen darum, durch eine lückenlose Kette von Beweisanzeichen den vollen Beweis für die Wahrheit einer Behauptung zu erbringen. Hier spielt gerade die besondere Eigenart des betreffenden Geschehens eine ausschlaggebende Rolle.⁴⁹³⁾ Nachdem für beide Beweisarten jeweils die "Hilfstatsachen", mit deren Hilfe auf die eigentlich zu beweisende Tatsache des Tatbestandes ein Schluß gezogen werden soll, feststehen müssen, kann ein Unterschied beider Beweise nur in dem Schluß von den tatbestandsfremden Tatsachen auf das Tatbestandsmerkmal selbst gesucht werden.⁴⁹⁴⁾ Dieser Schluß erfolgt bei beiden mittels Erfahrungssätzen. Beim Anscheinsbeweis müssen Erfahrungssätze besonderer Stärke⁴⁹⁵⁾ gegeben sein. Dagegen kommt der Indizienbeweis mit einfachen Erfahrungssätzen aus.⁴⁹⁶⁾ Die geringere Tragfähigkeit solcher Erfahrungssätze⁴⁹⁷⁾ wird beim Indizienbeweis normalerweise dadurch ausgeglichen, daß sich der Richter beim Indizienbeweis zumeist auf eine Anzahl von mehreren solcher Erfahrungssätze stützt. Der Vollbeweis, d.h. der für die richterliche Überzeugung notwendige Grad von Wahrscheinlichkeit, wird hier im Normalfalle erst durch das Zusammenspiel mehrerer Erfahrungssätze erreicht.⁴⁹⁸⁾ Das Schwergewicht der Beweisführung liegt damit bei den Einzelheiten des Falles, die sich jeweils zu einer schlüssigen Indizienkette zusammenfügen

493) so etwa BGH VersR 56/276; BGH VersR 56/148

494) Locher, in Festgabe für Heck, Rümelin und Schmidt 1931, S. 257, sieht hier einen Übergang von Indizien- in den Anscheinsbeweis.

495) Henke JR 61/48; Fleck VersR 56/331

Hainmüller, a. a. O. S. 179

496) BGH 2/85

497) Zur Unterscheidung möglicher Erfahrungssätze in einzelnen S. 153 ff.

498) In Ausnahmefällen kann auch schon ein Indiz ausreichen: vergl. etwa BGH VersR 55/99,100; BGH VersR 58/786; RG 139/342,343.

Regelmäßig aber mehrere Erfahrungssätze heranzuziehen: BGH LM Nr. 8 zu § 1006 BGB; RG JW 36/1968; RG JW 36/3234.

hierzu auch Henke JR 61/49: "Die Schlußfolgerung des Richters gründet sich nicht auf einen einzigen "starken" Erfahrungssatz, sondern auf eine Kombination schwächerer Regeln des Lebens, deren Niederschlag die sogenannte "Lebenserfahrung" des Richters ist."

müssen, um die volle richterliche Überzeugung zu begründen. 499)

Wirkliche Abgrenzungsfragen, die sich nur nach der Art der oben angesprochenen Erfahrungssätze beantworten ließen, können dabei nur dort auftreten, wo der Anscheinsbeweis anerkanntermaßen Anwendung findet, also im Bereich der Kausalität und Fahrlässigkeit. 500) In einem solchen Fall geht der Indizienbeweis vor, wenn der Richter sich aufgrund der Indizien voll überzeugt hat. Für den Anscheinsbeweis ist dann kein Raum mehr. 501)

b. Vorgang der Überzeugungsbildung beim Indizienbeweis

Ähnlich wie beim Zeugenbeweis vollzieht sich auch beim Indizienbeweis der Vorgang der Überzeugungsbildung zweistufig.

(1) Zunächst ist die "Hilfstatsache" festzustellen.

Das kann einfach sein, wenn diese unstreitig ist. Bleibt sie jedoch streitig, ist sie wie jede andere Tatsache zunächst mit den gesetzlichen Beweismitteln nachzuweisen. Dabei sind die Probleme, wann der Nachweis der Hilfstatsache erbracht ist, dieselben wie bei dem Beweis einer Tatsache, die zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Es muß also auch hier der Richter zunächst vom Vorliegen der Hilfstatsache überzeugt (i.S.d. § 286 ZPO) sein.

(2) Basierend auf der festgestellten "Hilfstatsache" muß die Folgerung des Richters hieraus auf das festzustellende Tatbestandsmerkmal hinzukommen. Dieser Schluß gründet sich auf "Lebenserfahrung" 502) oder

499) RG 163/28; BGH VersR 56/84, 85 u. 147, 148

500) Vergl. etwa Hainmüller, a. a. O. S. 87; zur Ablehnung des Anscheinsbeweises etwa für innere Tatsachen: BGH LM Nr. 11 zu § 286 ZPO (C); BGH MDR 51/87; Schon RG 130/357

501) BGH VersR 59/852; BGH VersR 57/248

502) so Henke JR 61/49

allgemeine Erfahrungssätze, wobei Einigkeit darüber besteht, daß einfache Erfahrungssätze für den Indizienbeweis ausreichen.⁵⁰³⁾ Der volle Beweis für die Wahrheit der Behauptung ist aber erst erbracht, wenn eine "lückenlose Kette"⁵⁰⁴⁾ von Beweiszeichen für das Vorliegen der zu beweisenden Tatsache spricht. Also erst die Summe der einfachen Erfahrungssätze ermöglicht den Indizienbeweis.⁵⁰⁵⁾

Dabei kommt als quasi dritte Würdigungsstufe hinzu, daß wieder mittels allgemeiner Lebenserfahrung (allgemein gültige Erfahrungssätze sind für den Einzelfall dabei kaum vorstellbar) zu beurteilen ist, wieviele Beweiszeichen vorliegen müssen, um von einer "lückenlosen Kette" ausgehen zu können.

c) Begründung eines bestimmten Grades von Wahrscheinlichkeit durch den Indizienbeweis ?

Ebensowenig wie beim Zeugenbeweis läßt sich beim Indizienbeweis allgemein ein bestimmter Grad von Wahrscheinlichkeit objektiv bestimmen.

Daß für die Meßbarkeit der durch den Indizienbeweis erbrachten Wahrscheinlichkeit die objektive Wahrscheinlichkeitstheorie⁵⁰⁶⁾ ausscheidet, ist offensichtlich. Die jeweilige Einmaligkeit der Beweissituation verwehrt von vornherein den Rückgriff auf die objektive Wahrscheinlichkeitstheorie.

Aber auch der Versuch den Grad der durch den Indizienbeweis erreichten Wahrscheinlichkeit "objektiv" unter Zugrundelegung der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie⁵⁰⁷⁾ zu bestimmen muß scheitern.⁵⁰⁸⁾

503) vergl. oben S. 145

504) BGH VersR 56/148 u. 276

505) zu den Ausnahmen Fn. 498

506) vergl. oben S. 48 ff.

507) vergl. oben S. 51 ff.

508) Ausnahmen lassen sich nur dann denken, wenn lediglich aus einem Indiz (vergl. Fn. 498) auf das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals geschlossen wird.

Die Tatsache, daß den Folgerungen beim Indizienbeweis normalerweise "einfache" Erfahrungssätze zugrunde liegen, die ihre Bedeutung erst durch das Zusammenspiel mit weiteren Erfahrungssätzen erhalten⁵⁰⁹⁾, läßt eine solche "Objektivierung" oder Messbarkeit des Grades der erreichten Wahrscheinlichkeit nicht zu.

Voraussetzung, um auf der Grundlage der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie zur Messbarkeit eines bestimmten Grades von Wahrscheinlichkeit zu kommen, wäre die Verlässlichkeit und Allgemeingültigkeit einer bestimmten Erfahrung. Da sich der Indizienbeweis aber im wesentlichen auf einfache Erfahrungssätze stützt und zudem die Folgerungen bei der Beweiswürdigung erst aus mehreren solcher einfachen Erfahrungssätze zu der richterlichen Überzeugung führen, kann beim normalen Indizienbeweis von Verlässlichkeit und Allgemeingültigkeit der bei ihm verwandten Erfahrung nicht gesprochen werden. Damit fehlt es aber an der Grundlage, die es allein erlauben würde, von Meßbarkeit des durch den Indizienbeweis erreichten Grades von Wahrscheinlichkeit zu sprechen. Die Eigenart des Indizienbeweises selbst schließt es also aus, einen bestimmten Grad von Wahrscheinlichkeit festzulegen, der durch ihn erreicht wird.

7. Zusammenfassung

Nach der Auseinandersetzung mit den Beweismitteln im einzelnen kann folgendes zusammengefaßt werden:

1. Bei dem Augenscheins- und beim Urkundsbeweis spielt der Begriff der Wahrscheinlichkeit für eine richterliche Würdigung keine Rolle. Zu einer eigentlichen Beweiswürdigung kommt es bei beiden Beweisarten nicht.

509) vergl. oben S. 143 ff.

2. Für Zeugenbeweis, Parteivernehmung und Indizienbeweis ist bei § 286 ZPO die "Wahrscheinlichkeit" zwar bei der Beweiswürdigung von Bedeutung. Dabei muß aber festgestellt werden, daß diese nicht objektivierbar oder messbar ist. Jede Überlegung im Sinne Blomeyers^{51o)}, die Beweiswürdigung zu objektivieren, muß für diese Beweismittel von vornherein verworfen werden. Wahrscheinlichkeit kann hier allenfalls als rein subjektiv bestimmte Wahrscheinlichkeit verstanden werden. Eine "Objektivierung" dieser subjektiven Wahrscheinlichkeit ist bei den genannten Beweismitteln nicht möglich. Wie gezeigt fehlt es regelmäßig an der Verlässlichkeit der bei der Beweiswürdigung verwendeten Erfahrungssätze, so daß auch nach der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie die Möglichkeit einer wirklichen Objektivierung abgelehnt werden muß.
3. Somit beschränkt sich die Frage der Objektivierung der Wahrscheinlichkeit den Beweismitteln nach auf einen Bereich, in dem der Nachweis einer streitigen Tatsache durch Sachverständigengutachten möglich ist. Hierbei ist von vornherein festzuhalten, daß für die "schwierigen technischen und naturwissenschaftlichen Fachfragen" das Sachverständigengutachten einen solchen "Grad von Wahrscheinlichkeit" erbringt, der die Bindung des Richters an das Gutachten zur Folge hat. Zu berücksichtigen ist allerdings, daß es nach der hier (entgegen der Rechtsprechung) vertretenen Auffassung zu der eigentlichen Würdigung des Gutachtens im Sinne des § 286 ZPO nicht kommen kann, da der Richter zu einer entsprechenden Würdigung nicht in der Lage ist.

51o) Blomeyer, Gutachten S. 16

Dieses Ergebnis schließt aber nicht aus, für den weitgespannten Kreis von Fragen, die aufgrund von Lebenserfahrung oder bestimmter richterlicher Fachkenntnis entschieden werden, bei dem Prozeß der Überzeugungs-bildung (§ 286 ZPO) an die Möglichkeit der "Objektivierung" oder gra-duellen Einteilung der Wahrscheinlichkeit zu denken.

Die einzelnen Probleme, die hier auftauchen können, sind auch in diesem jetzt eingegrenzten Bereich noch so vielgestaltig, daß eine allgemeine Einteilung - etwa in Fallgruppen - nicht möglich ist.⁵¹¹⁾ Trotzdem ist damit festgelegt, in welchen Fällen überhaupt nur die "Objektivierung" der Beweiswürdigung denkbar ist.

Soweit sich die Literatur mit der Objektivierbarkeit der freien Beweis-würdigung beschäftigt, entsteht der Eindruck, als sei dies ein Problem der Würdigung bei allen Beweismitteln.⁵¹²⁾ Daß dies nicht zutrifft, wurde oben nachgewiesen. Die Frage, ob die durch objektiv meßbare Gründe erzeugte Wahrscheinlichkeit als Korrektiv der freien richterlichen Über-zeugung gegenübergestellt werden kann, beschränkt sich danach in Wirk-lichkeit auf einen Teilbereich des Sachverständigenbeweises.

Damit steht aber andererseits auch fest, daß an eine solche "Objektivierung" in der Vielzahl der Alltagsfälle durchaus zu denken ist, in denen Sachver-ständigenfragen aus besonders schwierigen Fachbereichen keine Rolle spielen. Ob ein bestimmter bzw. welcher Grad von Wahrscheinlichkeit hier von Fall zu Fall erreicht werden kann, ist noch zu untersuchen.

511) Stein, Privates Wissen, S. 27

512) so insbesondere ausdrücklich Schreiber, Massen und Musielak; aber auch Blomeyer, Kegel u.a.

III. Bestimmung des Wahrscheinlichkeitsgrades, soweit das Maß
der Wahrscheinlichkeit nur subjektiv bestimmbar ist

Oben wurde gezeigt ⁵¹³⁾, daß eine an der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie ausgerichtete Bestimmung des Wahrscheinlichkeitsgrades im Rahmen des § 286 ZPO nicht möglich ist. Unbeantwortet bleibt dort allerdings, ob man in dem rein subjektiv bestimmten Bereich der Überzeugungsbildung unter Umständen zu einer graduellen Einteilung der Wahrscheinlichkeit kommen kann.

Musielak ⁵¹⁴⁾ sieht hier die Möglichkeit, "Schätzwerte der Wahrscheinlichkeit" zu bilden, die dem Richter dann als objektive Richtpunkte für die Entscheidung der Tatfrage dienen. Wie diese Schätzwerte dabei festgestellt werden können, wird von Musielak nicht mehr untersucht. Ausgangspunkt für sämtliche Überlegungen zu der Frage, auf welchem Wege man zu einer solchen graduellen Einteilung der Wahrscheinlichkeit auch in diesem Bereich gelangen kann, muß wieder der Wahrscheinlichkeitsbegriff sein.

1. Der Erfahrungssatz als Kriterium der Objektivierung subjektiver Wahrscheinlichkeit

Es wurde bereits ausgeführt ⁵¹⁵⁾, daß auch bei Zugrundelegung der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie unter bestimmten Umständen die - hier interessierende - subjektive Wahrscheinlichkeit meßbar werden kann.

Dabei setzt eine "graduelle" Einteilung der Wahrscheinlichkeit natürlich auch im Rahmen der subjektiven Theorie eine gewisse "Objektivität"

513) vergl. oben S. 48 ff.

514) Musielak, a. a. O. S. 113, 114

515) vergl. oben S. 55 ff.

voraus. Eine solche läßt sich nur erreichen, wenn der Wahrscheinlichkeitsgrad unabhängig von der Person ist, oder die einzelnen Personen vertauschbar sind.⁵¹⁶⁾ Eine solche Unabhängigkeit oder Vertauschbarkeit der Personen ("Objektivität" im obigen Sinne) ist gegeben, wenn hinsichtlich einer unbekannten Größe oder Tatsache eine "intersubjektive Übereinstimmung"⁵¹⁷⁾ kraft gemeinsamer Erfahrung besteht. Stegmüller⁵¹⁸⁾ nennt dies dann auch "interpersonelle Wahrscheinlichkeit".

Die Möglichkeit einer graduellen Einteilung der subjektiven Wahrscheinlichkeit beruht daher letztlich darauf, daß hinsichtlich einzelner Vorgänge aus dem Prinzip des Lernens aus Erfahrung folgt, daß mit wachsender empirischer Information einzelne subjektiv-personelle Wahrscheinlichkeiten mehr und mehr ähnlich werden und gegen eine interpersonelle Wahrscheinlichkeit konvergieren.⁵¹⁹⁾ Damit hängt die Frage der graduellen Einteilbarkeit letztendlich davon ab, als wie stark eine bestimmte allgemeine Erfahrung anzusehen ist. Die Verlässlichkeit oder Allgemeingültigkeit einer Erfahrung oder eines Erfahrungssatzes bestimmt daher den Maßstab der Wahrscheinlichkeit.

Eine wenigstens ungefähre graduelle Einteilung der Wahrscheinlichkeit im subjektiven Bereich ließe sich also nur dann begründen, wenn sich die der Wahrscheinlichkeit zugrunde liegenden Erfahrungssätze wegen ihrer unterschiedlich starken Übereinstimmung bezüglich allgemeiner Erfahrungen so einteilen ließen, daß sich aus dieser Einstufung einzelner Erfahrungssätze Schlüsse auf ihre Allgemeingültigkeit ziehen lassen.

516) vergl. oben S. 55

517) vergl. oben S. 56

518) Stegmüller, IV. 2. Halbband, S. 231

519) vergl. hierzu Stegmüller, IV. 1. Halbband, S. 389 - 417

2. Einteilbarkeit von Erfahrungssätzen

Es kommt daher darauf an, ob die vom Richter bei der subjektiven Überzeugungsbildung verwandten Erfahrungssätze im obigen Sinne unterscheidbar oder einteilbar sind.

Ob eine solche Einteilbarkeit in Erfahrungssätze verschiedener Stärke oder Grade möglich ist, wird in der Literatur vereinzelt behandelt.

- a) Bohne ⁵²⁰⁾ unterscheidet hier nach den Begriffen "quantitativ" und "qualitativ". ⁵²¹⁾

Unter quantitativer Wahrscheinlichkeit versteht er dabei statistische Wahrscheinlichkeit. Diese kann nach seiner Auffassung für die Überzeugungsbildung keine Bedeutung haben.

Qualitative Wahrscheinlichkeit ist einer numerischen Schätzung ihres Grades nicht zugänglich. ⁵²²⁾ Zu einer solchen lediglich qualitativen Wahrscheinlichkeit führt nach Bohne der Indizienbeweis (hierunter versteht er auch den Zeugenbeweis ⁵²³⁾ und den Induktionsbeweis). Das Kriterium, an dem er die qualitative Wahrscheinlichkeit mißt, ist die Evidenz. Nach seiner Ansicht sind die Begriffe Wahrheit und Wahrscheinlichkeit, Notwendigkeit und Möglichkeit ohne den Begriff der Evidenz inhaltlos. ⁵²⁴⁾

Die Evidenz ist für ihn immer etwas empirisches, d.h. etwas in der Erfahrung gegebenes, ein "Produkt der Erfahrung". Evident wird eine Tatsache erst durch das vergleichende und beziehende Denken.

520) Bohne, Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung

521) Bohne, a. a. O. S. 12; wenn Bohne hier auch von qualitativer Wahrscheinlichkeit spricht, ist für ihn dieses Wahrscheinlichkeitsurteil allein auf Erfahrung, bzw. Erfahrungssätze gegründet.

522) Bohne, a. a. O. S. 13 mit Hinweis auf Hellwig

523) Bohne, a. a. O. S. 9

524) Bohne, a. a. O. S. 64, 65

Dabei muß als subjektive Komponente der Evidenz der Glauben an diese Evidenz hinzukommen. ⁵²⁵⁾

Bohne spricht damit an, daß die "Evidenz" auch durch Vergleichen ähnlicher, bekannter Sachverhalte (Beziehungserfassung ⁵²⁶⁾) erreicht werden kann. ⁵²⁷⁾ Im Ergebnis sieht er aber trotz der genauen Analyse der psychologischen Vorgänge der Überzeugungsbildung des Richters keinen Weg für eine graduelle Einteilung. Zwar lassen sich nach seiner Meinung Grade von der - einerseits - vagen Hoffnung bis zur - andererseits - zweifelstfreien Gewißheit formulieren. Die Gründe für solche unterschiedlichen Bezeichnungen durch den Einzelnen bewegen sich aber im Bereich des Unterbewußten. ⁵²⁸⁾ Es liegt kein exaktes Folgern durch den Richter vor, sondern ein rein subjektives Abschätzen von Möglichkeiten aufgrund mit der Zeit erworbener Denkroutine.

Bohne bezeichnet dies dann als "Gewißheitserlebnisse", die häufig ohne zureichende Begründung zu einem hohen Grade rein subjektiver Sicherheit führen. ⁵²⁹⁾ Bohne sieht daher im Ergebnis (im oben angesprochenen Sinne) keine Möglichkeit, die "Objektivität" zu erreichen, die für eine graduelle Einteilung der Erfahrungssätze erforderlich wäre. Wenn er dies auch nicht ausdrücklich sagt, so folgt dies doch aus seinem Verständnis dessen, was er als "evident" ansieht.

b) Wassermeyer

Zu einem anderen Ergebnis gelangt auch Wassermeyer nicht. Er sieht in den Erfahrungssätzen unselbständige Hilfsmittel, die der Beurteilung des Tatrichters unterworfen sind. Sie stellen nach seiner Auffassung das Fundament der Wahrheitsfindung und freien Beweiswürdigung dar. ⁵²⁹⁾

525) Bohne, a. a. O. S. 72

526) Bohne, a. a. O. S. 75

527) Bohne, a. a. O. S. 84, durch viele ähnliche Fälle erworbene Denkroutine

528) Bohne, a. a. O. S. 60

529) Wassermeyer, Der Prima-Facie-Beweis, S. 12

Für die hierdurch begründeten Wahrscheinlichkeiten oder für die Erfahrungssätze sieht aber auch er keinen "objektiven" Maßstab der Bewertung. Weder "goldener Erfahrungssatz" ⁵³⁰⁾ noch typischer Geschehensablauf können einen solchen Maßstab schaffen.

Er kommt daher zu dem Ergebnis, daß Erfahrungssätze in der Beweiswürdigung ausschließlich subjektiv bewertbar sind. ⁵³¹⁾ Sie bleiben bloße unselbständige Hilfsmittel der Beweiswürdigung.

c) Stein

Mit der Unterscheidbarkeit von Erfahrungssätzen ⁵³²⁾ hat sich auch Stein befaßt. Aber auch er sieht keine Möglichkeit einer graduellen Einteilung von Erfahrungssätzen. ⁵³³⁾ ⁵³⁴⁾

530) J.M. Planck, Bemerkungen über den Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern, Kritische Vierteljahresschriften 4 (1862) S. 232 ff., 251 : "Es sind fortan nicht mehr gesetzlich für alle Fälle bindende Vorschriften, sondern goldene Erfahrungssätze, deren Wert jedesmal mit Rücksicht auf die Umstände des einzelnen Falles zu prüfen ist. Die Regeln über Zulässigkeit und Wert der Beweise sollen aus dem Gesetzbuch verschwinden und der Rechtsschule wie dem Gerichtsbrauch überlassen bleiben, damit sie die klassische Gestalt bewahren, die für ihren heilsamen Gebrauch unentbehrlich ist."

531) Wassermeyer, a. a. O. S. 10

532) Stein, Privates Wissen, S. 16 ff.

533) Stein, a. a. O. S. 28,29: "Es ist für die rechtliche Beurteilung schlechthin gleichgültig, ob ein Erfahrungssatz so sicher ist, wie etwa der Obersatz des Alibibeweises, daß niemand an zwei Orten zugleich sein kann, oder ob es sich um Sätze handelt, wie die von der Individualität der Handschriften oder von der absoluten Unterscheidbarkeit der Menschen, Sätze, deren Allgemeingültigkeit täglich durch neue Erfahrung widerlegt wird. Von dem einen zu dem anderen führt auch hier der Weg in unmerklicher Steigung über alle Grade der Denkbarkeit, Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit, aber hier mit lediglich quantitativem Fortschreiten."

534) von Wilmowski-Levy, Kommentar zur CPD 6. Auflage, Berlin 1892 Bemerkung 1 zu § 410 hatte eine Einteilung der Erfahrungssätze in "Urteile, Vermutungen und Schlußfolgerungen" vorgeschlagen, die jedoch hier nicht weiterführt.

d) Kuchinke

Eine graduelle Einteilung - zumindest begrifflich - läßt sich, wenn auch nur andeutungsweise, bei Kuchinke erkennen.⁵³⁵⁾ Er unterscheidet zwischen Erfahrungswissen, gesichertem Erfahrungswissen und Naturgesetzen.

e) Hainmüller

Eine eingehende Auseinandersetzung mit der Einteilbarkeit von Erfahrungssätzen und damit auch den graduellen Unterschieden verschiedener Erfahrungssätze findet sich bei Hainmüller.⁵³⁶⁾ 537)

So trennt er zunächst schon zwischen Erfahrungssätzen bei der "Auslegung von Obersätzen"⁵³⁸⁾ und den Erfahrungssätzen bei der Tatsachenfeststellung.⁵³⁹⁾ Bei den hier nur interessierenden Erfahrungssätzen bei der Tatsachenfeststellung differenziert er dann weiter. Die fast grenzenlose Vielzahl⁵⁴⁰⁾ vorstellbarer Erfahrungssätze des Lebens teilt Hainmüller in drei Stufen ein. Im einzelnen unterscheidet er:

- einfache Erfahrungssätze
- absolute Erfahrungssätze (bzw. Erfahrungsgesetze)⁵⁴¹⁾
- besonders verlässliche Erfahrungssätze⁵⁴²⁾

535) Kuchinke, Grenzen der Nachprüfbarkeit, S. 174 - 183

536) Eine weniger präzise Einteilung der Erfahrungssätze findet sich bei Wimmer in DRZ 50/393. Er sieht die "gewöhnlichen Erfahrungssätze" als Faustregeln des praktischen Lebens an, die die allgemeine Richtung angeben. Dagegen sind "andere Erfahrungssätze" in ihrer Allgemeingeltung in so hohem Maße gesichert, daß es "geradezu unvernünftig wäre, an ihnen zu zweifeln."

537) Hainmüller, der Anscheinsbeweis, S. 13

538) Hainmüller, a. a. O. S. 13

539) Hainmüller, a. a. O. S. 19; ähnlich schon Stein, a. a. O. S. 40 ff.

540) vergl. Stein, a. a. O. S. 18, hierzu auch Leonhard, Beweislast S. 193

541) Bohne, a. a. O. S. 44 ff. spricht noch nicht von Erfahrungssätzen, vergleichbar ist aber, was er als "Evidenz" bezeichnet.

542) Hainmüller, a. a. O. S. 26 ff.

Dabei stellen die "einfachen Erfahrungssätze" die große Masse dar. Sie sind wenig prägnant. Ihre geringe Qualität ergibt sich schon aus der ungenauen Fassung ihrer Voraussetzungen. ⁵⁴³⁾

Den Gegensatz bilden die "absoluten Erfahrungssätze" oder wie Hainmüller sie auch bezeichnet "Erfahrungsgesetze". Diese sind selten. Sie müssen eine derart sichere Regel verkörpern, daß sie nach menschlichem Ermessen einer Durchbrechung nicht zugänglich sind. Dabei ist eine - fast immer wissenschaftlich begründete - einwandfrei feststehende und exakt niedergelegte Erkenntnis erforderlich. ⁵⁴⁴⁾ Dies entspricht dem, was verschiedentlich als "Naturgesetz" bezeichnet wird. ⁵⁴⁵⁾ Der Ausdruck "Erfahrungsgesetz" deutet also praktische Unwiderleglichkeit an, weist aber außerdem darauf hin, daß es sich dennoch nur um eine spezielle Art von Erfahrungssatz handelt.

Die "besonders verlässlichen Erfahrungssätze" liegen ihrer Bedeutung oder Verlässlichkeit nach zwischen den beiden erstgenannten Gruppen. (Terminologisch schlägt Hainmüller hier den Begriff des "Erfahrungsgrundsatzes" vor. ⁵⁴⁶⁾)

Zur Abgrenzung legt er bestimmte Eigenschaften dieser Erfahrungssätze mittlerer Stufe fest. ⁵⁴⁷⁾

- (1.) Es muß gewährleistet sein, daß ein gleichmäßiger Vorgang, der immer wieder vorgekommen ist, die Beobachtungsgrundlage der Regel bildet; die benützten Sachverhalte müssen in Prämisse und Folgen übereinstimmen.

543) vergl. Nachweise Fn. 29 ; BGH GRUR 55/448; Beispiele: auch RG JW 1896/62 Nr. 31; RG JW 1931/3618, 9 ;

544) Hainmüller, a. a. O. S. 27

545) etwa BGH 12/25; Kuchinke, Grenzen, S. 180, Beispiele hierzu: Vaterschaftsnachweis, Blutalkoholgehalt, auch die Methoden zur Abnahme von Fingerabdrücken

546) Hainmüller, a. a. O. S. 31

547) Hainmüller, a. a. O. S. 29 ff.

- (2.) Bei dem verwandten Erfahrungsmaterial ist auf Aktualität zu achten, da sich auch wissenschaftliche Erkenntnisse ändern können.
- (3.) Die zugrundegelegte Erfahrung muß deutlich und leicht verständlich formuliert sein.
- (4.) Der verwendete Erfahrungssatz muß seinem Inhalt nach angegeben werden.
- (5.) Zudem sind die Erfahrungssätze auf bestimmte Gebiete festzulegen.

3. Stellungnahme

Auch bei dieser sehr genau gefaßten Einteilung der Erfahrungssätze bei Hainmüller dient jeder vom Richter herangezogene Erfahrungssatz der Tatsachenfeststellung und unterliegt dabei der Würdigung des Richters gem. § 286 ZPO. Die Frage ist also, ob durch diese Einteilung eine solche Festlegung der Beweiskraft bestimmter Erfahrungssätze erreicht wird, daß je nach Zugehörigkeit des Erfahrungssatzes die Freiheit der Beweiswürdigung eingeschränkt oder aufgehoben ist.

Diese Frage läßt sich hinsichtlich der beiden ersten Gruppen, die von Hainmüller gebildet werden, unproblematisch beantworten. So ist fraglos der Richter völlig frei, soweit für die Tatsachenfeststellung einfache Erfahrungssätze von Bedeutung sind. Hier entscheidet allein die "persönliche Gewißheit" des Richters, er kann sich daher vom Vorliegen einer streitigen Tatsache mittels einfacher Erfahrungssätze überzeugen, er muß es jedoch nicht. 548)

548) Hainmüller, a. a. O. S. 35; Wimmer DRZ 50/390 ff., 393, 396; BGH 12/25 ff.

Die Problematik beschränkt sich daher auf die "besonders verlässlichen Erfahrungssätze", denn für eine eigene Beweiswürdigung bleibt bei den "Erfahrungsgesetzen" kein Raum. ⁵⁴⁹⁾

Wenn man von der Gruppe "besonders verlässlicher Erfahrungssätze" spricht, muß man sich darüber im klaren sein, daß zumindest zwischen den einfachen Erfahrungssätzen und den besonders verlässlichen Erfahrungssätzen keine klare Trennungslinie verläuft. Dies ist allein deshalb so, da die Voraussetzungen, die Hainmüller für die Zugehörigkeit zu den "besonders verlässlichen Erfahrungssätzen" aufstellt, doch recht unbestimmt sind. Wenn er verlangt, daß "gleichmäßige Vorgänge" gegeben sein müssen, die "immer wieder vorkommen" und daß "die benützten Vorgänge in Prämisse und Folge übereinstimmen müssen", sind dies sicherlich Merkmale, die, sofern sie unzweifelhaft vorliegen, zu einer - gegenüber dem einfachen Erfahrungssatz - größeren Verlässlichkeit führen.

Nur, wann diese Voraussetzungen vorliegen, ist unklar. Es bleibt offen, ob für die besondere Verlässlichkeit eines Erfahrungssatzes eine 2, 4, 7 oder noch mehrfache Wiederholung erforderlich ist. Müssen sich dabei die Sachverhalte völlig gleich sein, sind gewisse Abweichungen möglich, reichen ähnliche Fälle aus?

Eine wirkliche Trennungslinie zwischen diesen beiden von Hainmüller unterschiedenen Gruppen zu ziehen, ist daher praktisch nicht möglich. ⁵⁵⁰⁾

Dies darf allerdings auch nicht verwundern. Bei der Menge verschiedener Erfahrungssätze und deren Verwertung durch den einzelnen Richter, ist eine Einteilung aller möglichen Erfahrungssätze in fest umschriebene Gruppen, wie dies Hainmüller versucht, nicht möglich. Auch die von Hainmüller vorgenommene Einteilung kann daher nicht mehr sein, als eine Orientierungshilfe, welche Gesichtspunkte für eine erhöhte Verlässlichkeit eines Erfahrungssatzes sprechen.

549) Hainmüller, a. a. O. S. 40

550) vergl. hierzu etwa Stein, a. a. O. S. 28,29; Wassermeyer, a. a. O. S. 10

Obwohl das von Hainmüller herangezogene Merkmal der Wiederholung bestimmter Vorgänge aus den obigen Gründen eine für alle Fälle gültige Einteilung der Erfahrungssätze nicht zuläßt, bleibt dabei doch richtig, daß die Wiederholung oder Häufigkeit einzelner Vorgänge ein entscheidendes Kriterium zur Bestimmung des nach der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie zu ermittelnden Grades von Wahrscheinlichkeit ist. Dies ergibt sich daraus, daß der nach der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie erreichbare Grad von Wahrscheinlichkeit entscheidend davon beeinflußt wird, als wie stark eine bestimmte Erfahrung allgemein anzusehen ist. Die Auffassung eines Richters würde sich zu der allgemeinen Erfahrung in Widerspruch setzen, wenn von ihm die in der Allgemeinheit anerkannten Grundsätze unberücksichtigt blieben.⁵⁵¹⁾ Zu solchen allgemein anerkannten Grundsätzen gehört das Lernen aus Erfahrung.⁵⁵²⁾ Wiederholen sich bestimmte Vorgänge in gleicher Weise, werden bei einem vernünftigen Menschen Zweifel, die bei der zum erstenmal gemachten Erfahrung noch vorhanden waren, mit der Zeit zunächst vermindert, bis je nach Art des Vorganges und Menge der Wiederholungen Zweifel völlig beseitigt werden. Die Wiederholung bestimmt damit entscheidend den Grad erreichbarer subjektiver Wahrscheinlichkeit.

Wirkliche Bedeutung erlangt das Merkmal des "Wiederholungsvorganges" oder der "Häufigkeit" erst, wenn zumindest annähernd Klarheit darüber besteht, bei welchen "einzelnen Vorgängen" von Wiederholungsvorgängen gesprochen werden kann. Das von Hainmüller aufgestellte Erfordernis, daß "Sachverhalte in Prämisse und Folge übereinstimmen müssen", führt hier wenig weiter; denn daß sich wirklich in Prämisse und Folge übereinstimmende Fälle wiederholen, dürfte eine praktisch kaum vorkommende Ausnahme sein, da jeder Fall Besonderheiten aufweist, die ihn auch von einem grundsätzlich gleichgelagerten Fall unterscheiden.

551) Kuchinke, Freiheit und Bindung, S. 28

552) vergl. oben S. 56 f.

Die Frage muß also vielmehr dahin gestellt werden, bis zu welcher Grenze können häufiger vorkommende Fälle noch als gleichgelagert herangezogen werden.

Daß auch die Heranziehung weitgehender ähnlicher Fälle möglich ist, um so über die "Häufigkeit" zu einem stärkeren Grad subjektiver Wahrscheinlichkeit zu kommen, kann keinem Zweifel unterliegen.

Anders als bei der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie, die in sämtlichen Voraussetzungen äußerste Exaktheit verlangt, wird Wahrscheinlichkeit im Sinne der subjektiven Theorie durch den Grad der Stärke der persönlichen Erwartung vom Vorliegen einer bestimmten Tatsache bestimmt. ⁵⁵³⁾

Der Grad subjektiver Wahrscheinlichkeit hängt also von dem Glauben einer Person an die Richtigkeit einer Tatsache ⁵⁵⁴⁾ ab. Dieser Glaube ist zunächst ein innerer Vorgang, der äußerlich nicht erkennbar wird. Doch läßt sich soviel sagen, daß der Glaube an die Richtigkeit einer Tatsache wesentlich durch vergleichendes Denken beeinflußt wird. ⁵⁵⁵⁾

Je mehr gleichliegende oder zumindest vergleichbare Fälle gegeben sind, d.h. je weniger ausgefallen eine zu treffende Entscheidung ist, desto stärker ist auch der Glaube an die Richtigkeit dieser Entscheidung, also ein um so stärkerer Grad subjektiver Wahrscheinlichkeit wird beim Entscheiden erreicht.

Sobald dem Richter für die Überzeugungsbildung daher eine größere Anzahl vergleichbarer Fälle zur Verfügung stehen, werden damit zwar nicht die an die für die Überzeugungsbildung ausreichende Wahrscheinlichkeit zu stellenden Anforderungen verringert, aber ein Teil des rein subjektiven Vorganges der Überzeugungsbildung wird durch die vergleichende Heranziehung ähnlicher Fälle durchschaubarer.

553) Sigwart, Logik II, S. 273

555) vergl. Bohne, Psychologie S. 64, 67 ff.; W. Wundt, Logik I, S. 70 ff, 627 ff.; Stegmüller, IV 2. Halbband, S. 225

554) vergl. oben S. 55

Die Grundlagen des für die Überzeugungsbildung herangezogenen Erfahrungssatzes werden erkennbar.

Je ähnlicher und häufiger die für den einzelnen Fall zur Verfügung stehenden Vergleichsfälle sind, desto größere Zustimmung wird eine Entscheidung des Richters finden, bei der er für seine Überzeugungsbildung derartige Fälle herangezogen hat.

Wahrscheinlichkeitstheoretisch läßt sich das damit erklären, daß mit wachsender empirischer Informationen (also auf der Grundlage des Lernens aus Erfahrung) auch die subjektive Wahrscheinlichkeit mehr und mehr unabhängig von der einzelnen Person wird und damit eine gewisse Allgemeingültigkeit einer Erfahrung eintritt. Diese Allgemeingültigkeit verleiht einem solchen Erfahrungssatz dann auch mehr Gewicht.

Es läßt sich damit allgemein festhalten, daß wachsende empirische Informationen auch zur Begründung steigender subjektiver Erfahrung führen.

Mit dieser Feststellung ist allerdings die Ausgangsfrage noch nicht beantwortet, ob in dem rein subjektiv bestimmten Bereich der Überzeugungsbildung eine graduelle Einteilung der Wahrscheinlichkeit möglich ist. Wenn auch durch das wiederholte Vorkommen gleichgelagerter Fälle der Grad subjektiver Wahrscheinlichkeit beeinflußt wird, kann damit doch der genaue Grad (etwa 50 %, 75 %, 95 %) der im Einzelfall erreichten subjektiven Wahrscheinlichkeit nicht festgelegt werden. Denn die Häufigkeit vergleichbarer Fälle ist keine Garantie dafür, daß auch der zu entscheidende Einzelfall und dessen jeweilige Besonderheiten dieselbe Entscheidung wie die Vergleichsfälle verlangen. Ob als vergleichbar herangezogene Fälle wirklich vergleichbar sind, kann ebenfalls durchaus zweifelhaft sein. ⁵⁵⁶⁾

556) Es soll damit nicht ausgeschlossen werden, daß in einzelnen Fällen die Besonderheiten des Einzelfalles gegenüber der Anzahl immer wieder auftretender Fälle zurücktreten. Dabei handelt es sich aber um Ausnahmen.

Zur Abgrenzung etwa BGH NJW 61/779

Da sich weder die Fälle, die als vergleichbar herangezogen werden können, allgemein festlegen lassen und da ebensowenig allgemein gesagt werden kann, welche Bedeutung den jeweiligen Besonderheiten des zu entscheidenden Falles gegenüber vergleichbaren Fällen zukommt, kann auch das Kriterium der "Häufigkeit" zu keiner klaren graduellen Einteilung subjektiver Wahrscheinlichkeit führen. ⁵⁵⁷⁾

Dem Richter ist hier nur ein Anhaltspunkt gegeben, wovon die Verlässlichkeit der zur Überzeugungsbildung herangezogenen Erfahrungssätze abhängt, die die Annahme eines höheren Grades von Wahrscheinlichkeit rechtfertigen. Der Grad der im Einzelfall erreichten Wahrscheinlichkeit kann aber aus den oben genannten Gründen nur ein "Schätzwert" sein, so daß eine allgemeine Bindung hieran nicht infrage kommen kann.

4. Anscheinsbeweis

Ergeben sich hieraus Konsequenzen für das Verständnis des Anscheinsbeweises ?

Folgt man der wohl überwiegend vertretenen Auffassung zum Anscheinsbeweis, wonach dieser nicht Beweislast ⁵⁵⁸⁾, sondern Beweismäßigkeitsregel ⁵⁵⁹⁾ ist, läßt sich nach diesen allgemeinen Ausführungen zu der

557) Stein, a. a. O. S. 19 ff.; gut ausgedrückt bei Wimmer DRZ 50/393: "Die gewöhnlichen Erfahrungssätze sind Faustregeln des praktischen Lebens, die die allgemeine Richtung angeben, Urteile, die ersichtlich nur unter dem Vorbehalt der im Einzelfall vielleicht nötigen Nachprüfung gelten sollen."

558) Beweislasttheorie: Wassermeyer, Der Prima-Facie-Beweis, S. 20, 76; Heinsheimer in Rh.Z.f.Z.u.Pr.R. 13/6; Levis in JW 32/107; Sebba in Hanseatische Rechtszeitschrift 1918/415, 416

559) Henke JR 61/48; Kollhosser ACP 165/56 ff.; Weyreuther in DRiZ 57/57; Bohne in JW 31/3333; Stoll ACP 136/313; Larenz NJW 53/686, 687; Fleck VersR 56/329; Stein-Jonas IV 7 a zu § 282 ZPO; Baumbach-Lauterbach in Anhang zu § 282 ZPO 3 B

zur Überzeugungsbildung notwendigen Wahrscheinlichkeit unter Umständen auch für die Rechtfertigung des Anscheinsbeweises etwas herleiten. Wenn ständige Wiederholung zur Begründung steigender subjektiver Wahrscheinlichkeit führt und wenn wachsende empirische Information ein Grund für die Allgemeingültigkeit bestimmter Erfahrungen ist, kann man den Anscheinsbeweis wegen des Erfordernisses "typischer (also häufiger) Geschehensabläufe" als Fall einer zumindest "erhöhten subjektiven Wahrscheinlichkeit" ansehen.

Bei wiederholt vorkommenden - "typischen" - Geschehensabläufen im Sinne des Anscheinsbeweises ist der Schritt von 50/50 bis zur vollständigen Überzeugung gem. § 286 ZPO daher kleiner, als in einem normalen Fall, in dem nicht auf den Anscheinsbeweis zurückgegriffen werden kann.

Diese Überlegung führt aber nur dazu, daß das Erfordernis des typischen Geschehensablaufes den Grad subjektiver Wahrscheinlichkeit erhöhen kann. Gesagt ist damit nicht, daß hierdurch die Überzeugung des Richters begründet werden muß. Die Bedeutung der Wahrscheinlichkeit kann also auch für den Anscheinsbeweis nicht so weit gehen, daß man in ihr die alleinige dogmatische Begründung dieses Beweises suchen könnte. ⁵⁶⁰⁾

Beim Anscheinsbeweis kommt als seine wesentliche Funktion hinzu, daß er Härten vermeiden soll. ⁵⁶¹⁾

Hainmüller hat sicherlich recht, wenn er meint, daß die "Billigkeit" nicht der für die Erlangung der richterlichen Überzeugung entscheidende Gesichtspunkt sein darf. ⁵⁶²⁾ Aber trotzdem ist die "typische Beweisnot" ⁵⁶³⁾ einer Partei ein zusätzlicher Gesichtspunkt, der es rechtfertigt, dem Richter bei Vorliegen eines Erfahrungssatzes, der einen erhöhten (wenn

560) Ehrlicher, a. a. O. S. 64; Rosenthal DJZ 20/881, die beide der Wahrscheinlichkeit für den Anscheinsbeweis erhebliche Bedeutung beimessen, vergl. hierzu auch Pawlowski, a. a. O. S. 7

561) etwa Hainmüller, a. a. O. S. 10; Ehrlicher (Untertitel seiner Diss. "Die Berücksichtigung prozessualer Billigkeit bei Bildung der richterlichen Überzeugung") a. a. O. S. 1,12,21,37,42 ff., 66 ff.

562) Hainmüller, a. a. O. S. 10

563) Kollhosser ACP 165/62; BGH LM Nr. 45 zu § 256 ZPO

auch nicht genau festlegbaren) Grad von Wahrscheinlichkeit erzeugt, zu gestatten, seine Überzeugung auf diesen Erfahrungssatz zu stützen. Klarzustellen ist dabei, daß nicht die Billigkeit alleine den Anscheinsbeweis rechtfertigt, wie vielfach angenommen wird ⁵⁶⁴⁾, sondern daß der Gesichtspunkt der Billigkeit neben den durch einen erhöhten Grad von Wahrscheinlichkeit begründeten Erfahrungssatz tritt.

Es muß also für den Anscheinsbeweis festgehalten werden, daß über den Begriff des Erfahrungssatzes oder "typischen Geschehensablaufes" die Wahrscheinlichkeit eine wesentliche Rolle für die richterliche Überzeugungsbildung bei diesem Beweis spielt, allerdings nicht die alleinige.

D. Anforderungen an die dem Richter als Entscheidungsgrundlage genügende Wahrscheinlichkeit in Fällen außerhalb des Bereiches des § 286 ZPO

Wesentlicher Gegenstand der Darstellung sollte die Auseinandersetzung mit dem Begriff der Wahrscheinlichkeit sein, soweit er im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung des § 286 ZPO von Bedeutung ist. Daneben kann aber nicht übersehen werden, daß die Rechtsprechung auch außerhalb des Bereiches des § 286 ZPO die "Wahrscheinlichkeit" für den richterlichen Entscheidungsprozeß heranzieht. Welche unterschiedlichen Anforderungen an die dem Richter als Entscheidungsgrundlage genügende Wahrscheinlichkeit in solchen Fällen gestellt werden, soll im folgenden noch kurz angesprochen werden.

564) Kollhosser ACP 165/62; Henke, Der Prima-Facie-Beweis, S. 50; Krell, Der Prima-Facie-Beweis unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts S. 53

1. § 287 ZPO

Zu den Fallgestaltungen, in denen die Rechtsprechung die Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung abweichend von den für § 286 ZPO aufgestellten Erfordernissen umschreibt, gehören die Fälle der richterlichen Schadensschätzung gem. § 287 ZPO.

Einzelprobleme des § 287 ZPO etwa, ob die Zulässigkeit der Schätzung sich auf die haftungsausfüllende Kausalität ⁵⁶⁵⁾ oder auch auf die haftungsbegründende Kausalität ⁵⁶⁶⁾ erstreckt, sollen hier ebenso außer Betracht bleiben wie eine Auseinandersetzung mit den Anforderungen, die an die für die Schätzung notwendige Tatsachengrundlage zu stellen sind. ⁵⁶⁷⁾

Es sollen hier nur die im Gegensatz zu § 286 ZPO unterschiedlichen Anforderungen untersucht werden, die an die für § 287 ZPO ausreichende Wahrscheinlichkeit zu stellen sind.

565) Zum Problem etwa Klausen JZ 68/167 ff., 168; Die Rechtsprechung erstreckt die Anwendbarkeit des § 287 ZPO auf die haftungsausfüllende Kausalität: BGH VersR 60/656; dagegen richtet sich etwa Prölis, Beweiserleichterungen, S. 55/59, § 287 ZPO sei nur ein prozessuales Hilfsmittel zur Beseitigung quantitativer Unbestimmtheiten.

Zur Rechtsprechung noch: BGH MDR 63/123; BGH 4/196; BGH 7/295; LM Nr. 10 zu § 287 ZPO; auch Entwurf einer Zivilprozeßordnung von 1872 § 245 ZPO, S. 266

566) vergl. hierzu Besonderheit bei der AO; Riewald-Koch, Kommentar zur AO zu § 96 AO und § 217 AO

567) BGH VersR 60/370 trennt hier für § 286/287 ZPO: "Das schließt aber nicht aus, daß insoweit als im Rahmen der Prüfung des Ursachenzusammenhangs zwischen einem bestimmten Ereignis und dem Schaden reale - und nicht nur hypothetische - Tatsachen festzustellen sind, die eine Grundlage für die Ausübung des dem Tatrichter in § 287 ZPO eingeräumten Ermessens geben sollen, diese Feststellung nach § 286 ZPO zu erfolgen hat." Keine "geschätzten Schätzungsunterlagen" BGH NJW 70/1970, 1972; zur Abgrenzung auch Schneider MDR 65/882

Daß der Richter bei der Schadensschätzung "freier" ⁵⁶⁸⁾ gestellt ist, ist unbestritten und wird von der Rechtsprechung auch immer wieder betont. Dies obwohl der Richter sowohl bei § 286 ZPO wie bei § 287 ZPO "nach freier Überzeugung" zu entscheiden hat. Als Gründe für die freiere Stellung des Richters werden hierbei immer wieder die auftretenden Beweisschwierigkeiten genannt. ⁵⁶⁹⁾

Welche Abstriche die Rechtsprechung aus diesem Grunde gegenüber der vollen richterlichen Überzeugung ⁵⁷⁰⁾ vornimmt, läßt sich nur schwer festlegen.

Anders als für § 286 ZPO ⁵⁷¹⁾ werden die Wahrscheinlichkeitsanforderungen nicht einmal einheitlich formuliert. So verlangt das RG einmal "überwiegende Wahrscheinlichkeit" ⁵⁷²⁾, stellt dabei aber klar, daß es nicht eine ziffernmäßige Mehrzahl (also Mehrheit von 51 von 100) als maßgebend ansehen will. In einer späteren Entscheidung ⁵⁷³⁾ ist dann beim RG lediglich von "Wahrscheinlichkeiten im Sinne von § 287 ZPO" die Rede.

Aber auch der BGH umschreibt die Anforderungen, die an § 287 ZPO zu stellen sind, in unterschiedlicher Weise. So ist verschiedentlich die Rede von "erheblicher Wahrscheinlichkeit". ⁵⁷⁴⁾ Sind mehrere Möglichkeiten in Betracht zu ziehen, kann der Richter die "überwiegende oder größere Wahrscheinlichkeit" ⁵⁷⁵⁾ als ausreichend ansehen.

568) Schneider MDR 65/882; BGH LM Nr. 10 zu § 287 ZPO; BGH VersR 65/91.92; RG 155/38,39 (freies Ermessen), so auch RG 168/48; BGH MDR 63/123; BGH VersR 64/845 ("besonders frei"); vergl. hierzu auch die grundlegende Entscheidung des BGH zu § 287 ZPO in NJW 70/1970 ff., 171, der § 287 ZPO ausdrücklich als "Milderung der Beweislast" bezeichnet.

569) Entwurf einer Zivilprozeßordnung 1872, § 245 ZPO, S. 266; RG 128/124; BGH NJW 70/1971: Milderung von Unbilligkeiten

570) Zur Gegenüberstellung der Anforderungen von § 286 ZPO und § 287 ZPO vergl. BGH NJW 72/1516 und NJW 70/1971.

571) vergl. S. 7 ff.

572) RG 128/124

573) RG JW 35/3540

574) BGH VersR 64/844,845; BGH LM Nr. 3 zu § 287 ZPO; BGH MDR 63/123 = VersR 63/67

575) BGH VersR 60/656,657

Teilweise verlangt der BGH auch, daß die Möglichkeit eines Schadenseintritts mehr sein muß als eine bloße "Denkmöglichkeit".⁵⁷⁶⁾ Der Richter sei durch § 287 ZPO nur ermächtigt, sich "je nach Lage des Falles" anstelle einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit mit einer "mehr oder minder hohen" (mindestens aber überwiegenden) Wahrscheinlichkeit zu begnügen.⁵⁷⁷⁾ In einer grundlegenden Entscheidung des BGH zu Fragen des § 287 ZPO wird eine solche Überzeugung des Richters als nicht willkürlich angesehen, die sich "vor allem auf einen hinreichenden Grad von Wahrscheinlichkeit" stützt.⁵⁷⁸⁾

Legt man diese Entscheidungen zugrunde, vermißt man mit Recht präzise Angaben, in welchem Umfang der Beweis nach § 287 ZPO gegenüber dem "vollen Beweis" nach § 286 ZPO erleichtert ist.⁵⁷⁹⁾ Um wieviel geringer die an die Schätzung nach § 287 ZPO zu stellenden Anforderungen sind, läßt sich in exakten Prozentzahlen nicht ausdrücken. Aus den obigen Ausführungen zur Meßbarkeit der Wahrscheinlichkeit wird das auch verständlich.

Statistisch oder mathematisch genaue Zahlen, wie sie die objektive Wahrscheinlichkeitstheorie liefern könnte, sind hier nicht zu erreichen. Die Rechtsprechung selbst verweist darauf, daß eine "mehr oder weniger hohe Wahrscheinlichkeit" je nach Lage des Falles zu verlangen ist⁵⁷⁷⁾ 578) und bringt damit zugleich zum Ausdruck, daß die besonderen Umstände des Einzelfalles für den Wahrscheinlichkeitsgrad bestimmend sind. Für solche Einzelfälle ist eine Anwendung der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie ausgeschlossen.

Aber auch unter den Gesichtspunkten, die die subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie zur graduellen Einteilung der Wahrscheinlichkeit gibt, läßt sich eine klare Trennung zwischen Wahrscheinlichkeit, die "einen brauchbaren

576) BGH NJW 72/1517

577) BGH NJW 72/1516

578) BGH NJW 70/1971

579) Arens in ZP 88/27,28

Grad von Gewißheit begründet, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen" ⁵⁸⁰⁾ (im Sinne von § 286 ZPO) und einem "hinreichenden" ⁵⁸¹⁾ (oder überwiegenden ⁵⁸²⁾) Grad von Wahrscheinlichkeit" (im Sinne von § 287 ZPO) nicht finden. Denn für die Schadensschätzung ist der Richter wie für jede Schätzung auf allgemeine Lebenserfahrung angewiesen. Eine graduelle Einteilung, die sich mit objektiven Gesichtspunkten begründen ließe, gibt es hier nicht. ⁵⁸³⁾

Es kann also lediglich festgehalten werden, daß die an die Wahrscheinlichkeit im Sinne von § 287 ZPO zu stellenden Anforderungen geringer sind als bei § 286 ZPO. ⁵⁸⁴⁾ Dies ergibt sich eindeutig aus den von der Rechtsprechung gewählten adjektivischen Umschreibungen. Daß eine Meßbarkeit der Wahrscheinlichkeit im Bereich der reinen Lebenserfahrung ausscheidet, ist in diesen Umschreibungen lediglich ein Appell an das Rechtsgefühl des entscheidenden Richters zu sehen, bei der Anwendung des § 287 ZPO die Anforderungen an den Nachweis des Schadens nicht denen des § 286 ZPO gleichzustellen.

2. § 252 S. 2 BGB

In § 252 BGB (genau in § 252 S. 2 BGB) hat der Begriff der "Wahrscheinlichkeit" sogar Aufnahme in den gesetzlichen Tatbestand gefunden und dient hier nicht nur der Umschreibung der Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung.

Ob allerdings diese ausdrückliche Aufnahme des Begriffes in den gesetzlichen Tatbestand zu einer Beweiserleichterung wie etwa bei § 287 ZPO führt oder lediglich eine Einschränkung des Begriffes "entgangener Gewinn" in der Richtung enthält, daß ein anderer als der unter sie fallende Gewinn für sie nicht in Betracht kommt (materiell-rechtliche Auffassung)

580) BGH VersR 59/632; BGH 53/256; BGH 18/318; BGH DRiZ 67/239

581) BGH NJW 70/1971

582) RG 128/124

583) vergl. hierzu Klauser in JZ 71/231 (Anm. zu BGH JZ 71/228)

584) zweifelnd Schwab in ZZP 85/247, ob für § 287 ZPO ein geringeres Maß an richterlicher Überzeugung als die volle Überzeugung ausreichend sei.

ist streitig.⁵⁸⁵⁾ Der BGH hat sich in dieser Streitfrage im ersteren Sinne entschieden. Er sieht in § 252 S. 2 BGB die Regelung einer Beweiserleichterung.⁵⁸⁶⁾ Dabei kann aber jeweils nur die Gewinnerwartung als wahrscheinlich unterstellt werden.⁵⁸⁷⁾

Welches Maß von Wahrscheinlichkeit zum Nachweis des entgangenen Gewinns gem. § 252 BGB erforderlich ist, läßt sich der Rechtsprechung nicht entnehmen. Es fehlt hier bereits an einer Umschreibung des für den Nachweis des Entgangs von Gewinn notwendigen Maßes von Wahrscheinlichkeit.⁵⁸⁸⁾

Dies ist wenig verständlich, da sich die Rechtsprechung in fast allen Fällen, in denen von Wahrscheinlichkeit die Rede ist, einer sehr vielfältigen Umschreibung der Anforderungen an diese Wahrscheinlichkeit bedient. Bei § 252 BGB wird aber lediglich gesagt, daß "die Erwartung des Gewinns nicht zur vollen Gewißheit dargetan" werden muß.⁵⁸⁹⁾ Daraus läßt sich nur der Schluß ziehen, daß die hier zu stellenden Anforderungen wohl denen des § 287 ZPO vergleichbar sind. Diese Annahme wird auch dadurch gestützt, daß die Rechtsprechung § 252 BGB lediglich als "weitere Ausprägung des § 287 ZPO" ansieht.⁵⁹⁰⁾

Da schon § 287 ZPO eine Schätzung der Höhe des Schadens (damit auch des entgangenen Gewinns als Teil des Schadens gem. §§ 249, 252 BGB) zuläßt und dadurch dem Richter ermöglicht wird, bei der Überzeugungsbildung auf ein gegenüber den Anforderungen des § 286 ZPO vermindertes Maß von Wahrscheinlichkeit⁵⁹¹⁾ zurückzugreifen, hätte es der zusätzlichen Regelung in

585) vergl. zu dieser Streitfrage: BGB RGRK 12. Aufl. § 241-413 Bd. II, 1 Rdn.6; bei RG 99/49 noch offen gelassen; als Beweiserleichterung angesehen seit RG 68/165; RG Seuff.Arch. 63/ 150; dem folgend BGH 2/314; BGH 29/397

586) so ausdrücklich in BGH 2/314; aber auch BGH NJW 64/662; BGH 29/398

587) BGH LM Nr. 1 zu § 252 BGB; BGH VersR 62/1099

588) wenn hier verschiedentlich von "dem positiven Nachweis bloßer Wahrscheinlichkeit" die Rede ist (BGH NJW 64/662, BGH 2/314) kann das nicht als Ausdruck des geforderten Maßes der Wahrscheinlichkeit angesehen werden, sondern bringt lediglich das Charakteristikum des § 252 BGB als Beweiserleichterung zum Ausdruck.

589) BGH LM Nr. 1 zu § 252 BGB

590) BGH NJW 64/863; Soergel-Siebert Anm. 43 zu §§ 249-252 BGB

591) vergl. S. 167

§ 252 S. 2 BGB nicht mehr bedurft. § 252 S. 2 BGB wiederholt im Grunde nur, was von § 287 ZPO bereits erfaßt ist.⁵⁹²⁾ Fragt man also nach dem Maß oder Grad von Wahrscheinlichkeit, das erforderlich ist, um einen Gewinn als entgangen ansehen zu können, ist auf das zurückzugreifen, was für § 287 ZPO gilt. Ein erkennbarer Unterschied ist hier graduell nicht gegeben.

3. Feststellungsklage

Auch bei einigen Fällen von Feststellungsklagen greift die Rechtsprechung für deren Zulässigkeit auf Maßstäbe der Wahrscheinlichkeit zurück. Besonders deutlich wird das in Fällen, bei denen ein Kind bei einem Unfall ums Leben gekommen ist und die Eltern auf Feststellung der Schadensersatzpflicht für den Wegfall einer etwaigen späteren Unterhaltspflicht des Kindes für die Eltern klagen.⁵⁹³⁾ Hier verlangt die Rechtsprechung, daß für den mutmaßlichen Eintritt der Unterhaltsleistung an die Eltern zumindest eine "gewisse Wahrscheinlichkeit" bestehen muß.⁵⁹⁴⁾ Auch diese Umschreibung kann nicht als exakte Wiedergabe dessen bezeichnet werden, was im konkreten Fall für den Richter zur Überzeugungsbildung ausreicht. Folglich sind auch die hier von verschiedenen Gerichten angelegten Maßstäbe unterschiedlich. Einerseits sehen Gerichte eine künftige Unterhaltsleistung als unwahrscheinlich an, wenn es Kinder zwischen 6 und 10 Jahren betrifft⁵⁹⁵⁾, während das RG den Feststellungsantrag auch schon bei Kindern ab 5 Jahren für gerechtfertigt hielt.⁵⁹⁶⁾ ⁵⁹⁷⁾

592) Diese enge Verbindung der beiden Vorschriften kommt in BGH 29/399 recht deutlich zum Ausdruck: "Denn diese Bestimmung (252 S. 2 BGB) ist, wie oben dargelegt, nur eine weitere Ausgestaltung des § 287 ZPO, so daß die Rüge der Verletzung des § 287 ZPO hier zugleich die Rüge der Verletzung des § 252 S. 2 BGB in sich begreift."

593) BGH LM Nr. 7 zu § 256 ZPO

594) BGH LM Nr. 7 zu § 256 ZPO; BGH in ZZP 85/245; BGH 4/133,135; RG Warn.Rechtsprechung 1930/Nr. 160; RG JW 11/153

595) OLG Köln JW 33/1895; OLG HH DJZ 04/752; OLG Karlsruhe DJZ 16/546; OLG Bamberg VersR 51/3; OLG Freiburg DRZ 50/567

596) RG JW 09/314; RG JW 11/153; RG Warn. Rechtsprechung 10/Nr. 206

597) Der BGH verzichtet völlig darauf, eine bestimmte Altersgrenze, von der an die mutmaßliche Leistungsfähigkeit eines getöteten Kindes erst beurteilt werden kann, festzulegen vergl. BGH 4/133,134.

Das RG geht aber dabei selbst davon aus, daß ein bestimmtes Maß von Wahrscheinlichkeit nicht gefordert werden kann.

"Gewisse Wahrscheinlichkeit" bedeutet also nichts anderes, als daß schon der Nachweis einer nicht eben entfernt liegenden Möglichkeit künftiger Verwirklichung der Schadensersatzpflicht genügt. ⁵⁹⁸⁾

Wenn daran anschließend der BGH zur Begründung einer "gewissen Wahrscheinlichkeit" nur als erforderlich ansieht, daß "nach der Erfahrung des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die spätere Verwirklichung des Unterhaltsanspruches nicht ausgeschlossen erscheint" ⁵⁹⁹⁾, ist hieraus zu erkennen, daß die Anforderungen, die zur richterlichen Überzeugungsbildung ausreichen, auch gegenüber den bei § 287 ZPO zu stellenden Anforderungen ganz erheblich reduziert sind.

Wollte man es prozentual ausdrücken, müßte man sagen, daß der Richter zur Zulässigkeit der Feststellungsklage schon bei weit weniger als 50 % Wahrscheinlichkeit für einen künftigen Unterhaltsanspruch gelangen kann.

Da, um festzustellen, wann eine gewisse Wahrscheinlichkeit für einen künftigen Unterhaltsanspruch besteht, auf die Erfahrung des Lebens und den gewöhnlichen Lauf der Dinge verwiesen wird ⁶⁰⁰⁾, kann auch hier ein zahlenmäßig bestimmt gefaßter Grad von Wahrscheinlichkeit nicht festgestellt werden.

Es kann daher für den Sonderfall der Feststellungsklage lediglich gesagt werden, daß die an das Maß der - für die richterliche Überzeugungsbildung ausreichenden - Wahrscheinlichkeit zu stellenden Anforderungen äußerst gering sind. Jedenfalls ist der zu fordernde Grad von Wahrscheinlichkeit wesentlich geringer als bei § 286 ZPO und § 287 ZPO.

598) RG 61/164 (170)

599) BGH LM Nr. 7 zu § 256 ZPO; ZJP 85/245

600) BGH NJW 69/2015; BGH LM Nr. 7 zu § 256 ZPO

4. Grundurteil

Auch für die Frage, in welchen Fällen der Richter ein Grundurteil erlassen darf, bedient sich die Rechtsprechung einer eigenen Umschreibung des hier erforderlichen Grades von Wahrscheinlichkeit.

Es geht dabei regelmäßig um die Frage, mit welcher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, daß dem Kläger im Nachverfahren noch ein Schadensbetrag zuzusprechen sein wird (z.B. wenn fraglich ist, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist ⁶⁰¹), oder infolge erklärter Aufrechnung der Klagsansprüche zweifelhaft ist ⁶⁰²).

Hier verlangt die Rechtsprechung "hohe Wahrscheinlichkeit" dafür, daß ein solcher Betrag für den Kläger im Nachverfahren verbleibt. ⁶⁰³) Steht dagegen fest ⁶⁰⁴) oder besteht die ernste Möglichkeit ⁶⁰⁵), daß sich ein den Gegenstand der Klagforderung bildender Schaden gar nicht feststellen lassen wird, ist der Erlaß eines Grundurteils unzulässig. Auch hier läßt sich sicherlich keine Prozentzahl angeben, mit der sich der zu fordernde Wahrscheinlichkeitsgrad bezeichnen ließe. Es kann auch hier nur soviel gesagt werden, daß trotz der geforderten "hohen Wahrscheinlichkeit" nicht dieselben Anforderungen zu stellen sind, wie etwa bei § 286 ZPO. Dabei gilt im einzelnen aber auch hier das oben für die Unterscheidung der Anforderungen bei § 286 ZPO und § 287 ZPO Gesagte. ⁶⁰⁶)

601) BGH NJW 51/195; RG 151/5; BGH NJW 62/1618

602) BGH NJW 66/541; BGH NJW 73/473 ff.; BGH NJW 62/1618

603) BGH MDR 61/133; BGH MDR 70/133; BGH LM Nr. 27 zu § 304 ZPO; BGH VRS 23/336; vergl. auch Thomas-Putzo Rdn. 16 zu § 304 ZPO

604) RG in Gruchot-Beiträge 45/108, 111; Wieczorek ZPO, B II a 3 zu § 304 ZPO

605) so schon RG 151/9 auch BGH MDR 61/133 und BGH NJW 62/1618, a.A. ausdrücklich gegen BGH NJW 62/1618; OLG Braunschweig in NJW 73/473, 474

606) vergl. S. 165 f. insbesondere, Fn. 583, 584

5. Glaubhaftmachung

Daß für die Glaubhaftmachung als besonderer Art der Beweisführung ein gegenüber § 286 ZPO geringerer Grad von Wahrscheinlichkeit⁶⁰⁷⁾ zur Überzeugungsbildung dem Richter ausreicht, ist unbestritten.

Wieczorek⁶⁰⁸⁾ spricht hier von "grober Wahrscheinlichkeit" und meint damit auch nur, daß geringere Beweisanforderungen ausreichen.⁶⁰⁹⁾ Um wieviel geringer die Beweisanforderungen dabei sein dürfen, wird nicht angesprochen. Man wird aber auch für die Glaubhaftmachung davon ausgehen müssen, daß zumindest "überwiegende" Wahrscheinlichkeit erreicht werden muß.

Auch außerhalb des Bereiches des § 286 ZPO konnte damit gezeigt werden, daß eine klare Aussage über den jeweils zu fordernden Grad von Wahrscheinlichkeit für den richterlichen Entscheidungsprozeß nicht getroffen werden kann.

Den adjektivischen Umschreibungen, die von der Rechtsprechung bei den verschiedenen Fallgruppen verwandt werden, kann lediglich entnommen werden, daß eben "Wahrscheinlichkeit" nicht gleich "Wahrscheinlichkeit" ist. Auch wenn die Rechtsprechung sich nicht mit dem Wahrscheinlichkeitsbegriff auseinandersetzt, scheint sie dennoch davon auszugehen, daß in verschiedenen Fällen durchaus graduell unterschiedliche Anforderungen bei der richterlichen Überzeugungsbildung zu stellen sind; denn sonst ließen sich die unterschiedlichen Umschreibungen in den ver-

607) RG JW 27/1309

608) Wieczorek § 294 ZPO A II; Stein-Jonas meint, die Beweisführung sei hier durch ein minderes Maß der richterlichen Überzeugung erleichtert (vergl. Rd. I zu § 294 ZPO); Rosenberg, Lehrbuch, § 113 II 2, spricht von "sempilena probatio".

609) Wieczorek, Rdn. D III zu § 282 ZPO

schiedenen Fällen nicht erklären.

Hier werden also durchaus Grade von Wahrscheinlichkeit unterschieden. Wie ausgeführt, kann jedoch - da jeweils nur durch unterschiedliche Umschreibung unterschieden - für den Richter hierin nur ein Appell an sein Rechtsgefühl gesehen werden, aus dem Vergleich der Anforderungen den im Einzelfall notwendigen Grad von Wahrscheinlichkeit für seine Überzeugung zu ermitteln.

E. Zusammenfassend:

Insgesamt hat sich damit gezeigt, daß man über den Begriff der Wahrscheinlichkeit, den die Rechtsprechung zum Maßstab richterlicher Überzeugung erhoben hat, nicht zu der in der Literatur vielfach angesprochenen Einschränkung der richterlichen Beweiswürdigung kommen kann.

1. Das in der Literatur angestrebte Ergebnis einer solchen Einschränkung hätte sich erreichen lassen, wenn etwa bestimmte Beweismittel festlegbare Grade von Wahrscheinlichkeit begründen würden. Daß die gesetzlichen Beweismittel eine solche Annahme eines bestimmten durch sie erzeugten Wahrscheinlichkeitsgrades aber nicht erlauben, wurde gezeigt.
2. Auch die objektive Wahrscheinlichkeitstheorie kann für diese Frage der richterlichen Beweiswürdigung nicht wirklich nutzbar gemacht werden. Zwar liefert sie exakte Wahrscheinlichkeitswerte, die es nahelegen, daran zu denken, ob es dem Richter wirklich noch gestattet sein kann, seine Überzeugung gegen solche eindeutigen Wahrscheinlichkeitswerte zu bilden. Derartig exakte Wahrscheinlichkeitswerte können aber nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen erreicht werden. Diese Voraussetzungen findet der Richter bei den von ihm bei der Beweiswürdigung zu treffen-

den Einzelentscheidung praktisch niemals vor.

3. Die Untersuchung, inwieweit sich der vom Richter - subjektiv - erreichbare Grad von Wahrscheinlichkeit bestimmen läßt, hat zwar erkennen lassen, daß der Grad der subjektiven Wahrscheinlichkeit wesentlich von der "Erfahrung" bestimmt wird.

Zunehmende empirische Information führt also zur Begründung steigender subjektiver Wahrscheinlichkeit. Doch hilft diese Erkenntnis für die hier gestellte Frage nicht weiter. Denn wenn auch der Grad subjektiver Wahrscheinlichkeit durch Erfahrung beeinflußt wird, kann dadurch nicht ein bestimmter im Einzelfall erreichbarer Grad von Wahrscheinlichkeit (etwa 50 %, 75 % oder 95 %) angegeben werden. Die Einschätzung des erreichten und notwendigen Grades von Wahrscheinlichkeit für die Überzeugung bleibt die subjektive Entscheidung des Richters.

Lebenslauf

Am 15.02.1949 wurde ich als Sohn des Dr. Ing. Hans Evers und seiner Ehefrau Marie-Elisabeth Evers geb. Buhl in Leipzig geboren. Meine Kindheit verbrachte ich nach der Übersiedlung im Jahre 1951 in Baden-Baden. Dort besuchte ich die Volksschule und das Gymnasium. Nach dem Abitur im Jahre 1967 begann ich das Jurastudium zum Sommersemester 1968 in Freiburg. Dort legte ich auch das erste Staatsexamen nach 9 Semestern ab. Die anschließende Referendarzeit habe ich in Baden-Baden absolviert und mit dem zweiten juristischen Staatsexamen abgeschlossen. Nach Abschluß des Examens im Juni 1975 bin ich jetzt seit Januar 1976 als Rechtsanwalt in Freiburg tätig.

